

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**INCONVENIENTES DA APLICAÇÃO DO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO NO BRASIL E A SOLUÇÃO PARA  
O PROBLEMA.**

Victor Emmanuel Teodoro Ferreira

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP

**INCONVENIENTES DA APLICAÇÃO DO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO NO BRASIL E A SOLUÇÃO PARA  
O PROBLEMA.**

Victor Emmanuel Teodoro Ferreira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Sérgio Tibiriçá Amaral.

Presidente Prudente/SP  
2007

**INCONVENIENTES DA APLICAÇÃO DO CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO NO BRASIL E A SOLUÇÃO PARA  
O PROBLEMA.**

Monografia de Conclusão de Curso  
aprovada como requisito parcial para  
obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

---

Sérgio Tibiriçá Amaral  
Orientador

---

Examinador

---

Examinador

Presidente Prudente/SP, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2007.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha mãe por ter acreditado tanto em mim ao longo destes anos em que cursei a faculdade de direito e que não negou forças para ajudar-me a concluí-la. Agradeço a meu pai por sempre ter me incentivado a seguir sua profissão, a advocacia. Aos meus irmãos por terem sido sempre tão companheiros e presentes. Agradeço ao meu orientador que nunca me deixou sem resposta os questionamentos surgidos durante minhas pesquisas e que muito me ajudou durante toda o período em que cursei a faculdade. Agradeço aos amigos que sempre estiveram ao meu lado em todos os momentos e aos companheiros de trabalho pela oportunidade e confiança que depositaram em mim. Agradeço a Deus por ter finalizado esta obra da maneira como foi idealizada.

Por fim, agradeço à Natália, o mundo seria um lugar muito melhor se todos tivessem alguém como você ao lado.

## RESUMO

O Presente trabalho, com a finalidade de demonstrar as imperfeições existentes no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o avalia sob o enfoque dos sistemas jurídicos existentes ao redor do mundo. Para se alcançar o objetivo final do trabalho, efetua-se uma análise detida do constitucionalismo, bem como de sua história e, posteriormente, passa-se a estudar as características dos principais sistemas jurídicos existentes, quais sejam, o sistema romano-germânico e a common law. Estabelecendo-se a adoção da common law pelos Estados Unidos da América, criadores do controle de constitucionalidade difuso, e determinado que o sistema adotado pelo Brasil foi o romano-germânico, denota-se a incongruência da implementação do sistema difuso no Brasil. Outrossim, analisando-se o controle concentrado aplicado no Brasil, e estabelecendo-se a convicção de que ele é realizado, em verdade, pelo Poder Judiciário, verifica-se que este controle é absolutamente contrário aos princípios defendidos pelo sistema romano-germânico. Por fim, após elencar-se os pontos de incorreção no sistema brasileiro de defesa da Constituição, propõe-se que seja adotada no país a sistemática europeia de controle de constitucionalidade, perfeitamente condizente com o sistema jurídico romano-germânico. Emprega-se a metodologia da técnica de pesquisa indireta de documentação, mediante pesquisa bibliográfica, bem como o método dedutivo e comparativo.

**Palavras-chave:** Constituição. Sistema romano-germânico. Common law. Controle de constitucionalidade. Controle difuso. Controle concentrado. Tribunal constitucional.

## ABSTRACT

The Present paper, with the purpose to demonstrate the existing imperfections in the Brazilian system of constitutionality control, evaluates it under the approach of the existing legal systems of the world. To reach the final objective of the paper, a withheld analysis of the constitutionalism is effected, as well as of its history and, later, is transferred to study the characteristics of the main existing legal systems, which are, the Roman-Germanic system and common law. By establishing the adoption of common law for the United States of America, creators of the diffuse constitutionality control, and determined that the system adopted for Brazil was Roman-Germanic, denotes the lack of agreement of the implementation of the diffuse system in Brazil. However, analyzing the applied intent control in Brazil, and establishing its certainty of that it is carried through, in truth, for the Judiciary Power, is verified that this control is absolutely contrary to the principles defended by the Roman-Germanic system. Finally, after to list the points of incorrection in the Brazilian system of defense of the Constitution, perfectly considers that the European systematics of constitutionality control is adopted in the country, along with the legal system Roman-Germanic. Is used methodology of the technique of indirect research of documentation, by means of bibliographical research, as well as the deductive and comparative method.

**Keywords:** Constitution; Roman-Germanic system; common law; constitutionality control; diffuse control; intent control; constitutional court.

# SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| <b>1 INTRODUÇÃO</b> .....  | 08 |
| <b>2 O DIREITO CONSTITUCIONAL</b> .....                                    | 10 |
| 2.1 Concepção de Direito Constitucional .....                              | 10 |
| 2.2 Evolução Histórica do Direito Constitucional .....                     | 11 |
| 2.2.1 Pactos, forais ou cartas de franquia .....                           | 11 |
| 2.2.2 Contratos de colonização .....                                       | 12 |
| 2.2.3 Doutrina das leis fundamentais do Reino .....                        | 13 |
| 2.2.4 Doutrina do contrato social .....                                    | 13 |
| 2.2.5 O iluminismo .....   | 14 |
| 2.3 Kelsen e o Direito Constitucional .....                                | 15 |
| <b>3 O DIREITO CONSTITUCIONAL NO BRASIL</b> .....                          | 18 |
| 3.1 A Constituição de 1824 .....   | 18 |
| 3.2 A Constituição de 1891 .....   | 19 |
| 3.3 A Constituição de 1934 .....   | 20 |
| 3.4 A Constituição de 1937 .....   | 22 |
| 3.5 A Constituição de 1946 .....   | 23 |
| 3.6 A Constituição de 1967 .....   | 26 |
| 3.7 A Emenda Constitucional nº 1 de 1969 .....                             | 27 |
| 3.8 A Constituição de 1988 .....   | 29 |
| <b>4 OS SISTEMAS JURÍDICOS</b> .....                                       | 32 |
| 4.1 O Sistema Romano Germânico – Civil Law .....                           | 33 |
| 4.1.1 A formação do sistema .....  | 33 |
| 4.1.2 Características do sistema romano-germânico .....                    | 35 |
| 4.1.3 A criação e revogação dos direitos no sistema romano germânico ..... | 38 |
| 4.1.4 A lei como fonte primária do Direito .....                           | 39 |
| 4.1.5 O sistema romano-germânico no Brasil .....                           | 40 |
| 4.2 O Sistema Inglês - <i>Common Law</i> .....                             | 41 |
| 4.2.1 A formação do sistema .....  | 41 |
| 4.2.1.1 O período anglo-saxônico .....                                     | 42 |
| 4.2.1.2 Início da formação da common law .....                             | 43 |
| 4.2.1.3 O surgimento da equity .....                                       | 45 |
| 4.2.1.4 O período moderno .....  | 48 |
| 4.2.2 As principais características do sistema .....                       | 49 |
| 4.2.3 A criação e revogação de direitos na common law .....                | 54 |
| 4.3 A <i>Common Law</i> nos Estados Unidos da América .....                | 56 |
| <b>5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS</b> .....                  | 60 |
| 5.1 Introdução .....   | 60 |
| 5.2 O Controle nos EUA: Fenômeno da Common Law .....                       | 62 |
| 5.3 O Controle no Sistema Romano-Germânico: Tribunal Constitucional .....  | 66 |
| 5.4 O Controle de Constitucionalidade Brasileiro .....                     | 74 |

|   |    |
|---|----|
| <b>6 CONCLUSÕES</b> .....                                       | 77 |
| 6.1 A Desarmonia Entre os Sistemas Jurídicos Apresentados ..... | 77 |
| 6.2 Os Problemas do Controle Criado no Brasil.....              | 78 |
| 6.3 A Inaplicabilidade do Controle Difuso no Brasil.....        | 79 |
| 6.4 O Mecanismo de Controle Adequado para o Brasil .....        | 81 |
| <b>BIBLIOGRAFIA</b> .....                                       | 83 |

## 1 INTRODUÇÃO

Os Estados Democráticos de Direito devem ser regidos por uma norma superior que, além de determinar os princípios básicos de sua ordem política, deve garantir o bem comum para seu povo, ou seja, proteger os direitos básicos e indisponíveis de uma sociedade.

Neste aspecto, verifica-se que não existe Estado Democrático de Direito sem uma ordem constitucional rígida e protegida, uma vez que a Constituição é o documento que assegura as liberdades individuais, defendendo o povo de qualquer afronta praticada pelos governantes contra os direitos mais importantes da ordem social.

Destarte, o controle de constitucionalidade, hodiernamente, é o mais importante mecanismo de defesa dos direitos de determinado povo, sendo perfeitamente possível se afirmar que não existe um Estado Democrático de Direito se um efetivo controle de constitucionalidade de suas leis.

Contudo, o sistema jurídico adotado por determinado país é determinante quando da instituição de um sistema de controle de constitucionalidade porquanto, como se verá no presente trabalho, se a escolha do mecanismo de controle de constitucionalidade não for condizente com o sistema jurídico adotado, este controle não terá a perfeita aplicabilidade.

O controle feito pelo Judiciário num país da common law, onde o direito é formado por este Poder é perfeitamente condizente com o sistema jurídico adotado pelo país. Da mesma forma, o controle aplicado por órgão político num país entroncado no sistema romano-germânico. A separação dos poderes proposta em cada um dos sistemas será obedecida.

Todavia, o Brasil não deu a devida atenção a este fato, o país, entroncado no sistema romano-germânico, utiliza-se de um controle de constitucionalidade instituído para a realidade da common law, onde o Poder Judiciário toma para si a competência de guardião da Constituição.

Destarte, denota-se no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro uma peculiaridade que afronta não apenas a perfeição de sua Constituição, mas também todas as concepções de separação e limitação dos poderes teorizadas por importantes filósofos até os dias de hoje.

Num país onde o Direito é formado pela lei, votada por parlamentares que representam a vontade da nação, respeitando-se todas as formalidades impostas na própria Constituição, não se pode aceitar que compita ao Poder Judiciário qualquer controle sobre estas leis, seria uma invasão à esfera de competências do Poder Legislativo.

Entretanto, não se pode apenas extinguir o controle de constitucionalidade brasileiro, pois, como já dito, não existe Estado Democrático de Direito sem um controle da constitucionalidade de suas normas.

A solução, ao que parece, está nos estudos realizados por Hans Kelsen no início do século XX, donde fora concebido o mecanismo de controle de constitucionalidade perfeitamente congruente com o sistema romano germânico. Tal mecanismo deve ser implantado no Brasil para resolver os inconvenientes que seu controle de constitucionalidade causa às instituições políticas do país.

Destarte, no presente trabalho, após demonstrada a importância da Constituição, serão estudados os mais importantes sistemas jurídicos existentes no mundo e, conjuntamente, os mecanismos de controle de constitucionalidade criados para cada um. Posteriormente, será indicado o sistema adequado para o Brasil.

## 2 O DIREITO CONSTITUCIONAL

### 2.1 Concepção de Direito Constitucional

A concepção a despeito da existência de uma norma hierarquicamente superior às demais, que tenha como finalidade a regulamentação das relações políticas e institucionais, bem como a salvaguarda de garantias e direitos fundamentais aos homens não é, atualmente, um fato desconhecido para os povos ao redor do planeta.

A existência desta norma egrégia e soberana já era defendida por Aristóteles na antiguidade, que em sua consagrada obra “A política”, diferenciava as normas constitucionais, das normas ordinárias.

Tal concepção, posteriormente denominada como *constitucionalismo* vem a lume para limitar os poderes dos soberanos e garantir direitos mínimos aos governados, é o que ensina Canotilho (19-- , p. 45) ao conceituar o instituto:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político social de uma sociedade. O constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder dos fins garantísticos.

Entretanto, a idéia atual de um direito constitucional, com normas escritas, superiores às demais leis e com a finalidade de limitação dos poderes dos soberanos e garantia de direitos individuais aos cidadãos somente emergiu na doutrina ocidental com a revolução francesa.

A partir desta época, mais precisamente no século XVIII, a terminologia “Constituição” foi utilizada para definir o conjunto de leis que definem a organização fundamental do Estado, institucionalizando a diminuição do poder, antes absoluto,

do soberano. O documento que inaugura a idéia moderna de Constituição é a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789.

Todavia, a declaração e a concepção de direito constitucional não foi uma invenção doutrinária dos juristas setecentistas, mas sim, fruto da evolução da idéia de direitos fundamentais ao homem através da história.

## **2.2 Evolução Histórica do Direito Constitucional**

### **2.2.1 Pactos e forais ou cartas de franquia**

Pactos, Forais e cartas de Franquia são documentos entabulados mediante disposição de vontades entre o Soberano e seus súditos nos quais, em troca do reconhecimento dos governados, o governante lhes garantia ou outorgava direitos.

Os Pactos têm participação importante na história constitucional inglesa, país que mais se beneficiou do instrumento que é representado pelo acordo entre os súditos e o monarca pelo qual se tratava da forma de governo e da garantia de direitos fundamentais aos governados.

Conforme informa Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 4):

O mais célebre desses pactos é a *Magna Carta*, que consubstancia o acordo entre João sem Terra e seus súditos revoltados sobre direitos a serem respeitados pela coroa (1215). Outro, que a doutrina inglesa aponta, é a *Petition of Rights* (1628) que os parlamentares lograram impor ao rei da Inglaterra (Carlos I), forçando-o ao respeito de direitos imemorais aos cidadãos ingleses.

Os Forais ou Cartas de Franquia, diferentemente dos pactos, se espalharam por toda a Europa e apesar de ter como conteúdo os preceitos relativos à forma de governo utilizada no reino e a garantia de direitos aos súditos, previam também a participação destes no governo local, ou seja, tratavam de elemento eminentemente político.

Os pactos e as cartas de franquia firmaram a idéia de um texto escrito, coma finalidade de resguardo dos direitos inerentes ao homem, entretanto se limitavam a guardar direitos de homens determinados e não a todo o povo do reino, como atualmente fazem a maioria das Constituições.

### **2.2.2 Contratos de colonização**

Muito comum nas colônias da América do Norte, os contratos de colonização são instrumentos que os próprios peregrinos firmaram quando chegaram às terras que seriam colonizadas serem colonizadas.

Esses instrumentos se explicam pelo fato dos colonizadores, quando da chegada à colônia, não encontrarem uma estrutura política pré-estabelecida, motivo pelo qual foram obrigados a firmarem, por consenso, a própria estrutura governamental.

Nos contratos de colonização transparece uma idéia de estabelecimento e organização do governo pelas próprias pessoas que posteriormente serão governadas, ou seja, outro dos pilares da Constituição.

Nos contratos de colonização não se vislumbra a imposição de leis ou de uma organização governamental, mas sim, a estruturação do aparato governamental pelos governados.

Para alguns autores, os contratos de colonização são “covenants”, como o Mayflower Compact. Os covenants são um pacto ou aliança, mas se diferem dos demais documentos outorgados pelos monarcas no período, como forais, cartas de franquia e pactos de vassalagem por ser, nas suas versões iniciais, de caráter religioso. Visa garantir a liberdade de expressão religiosa e seus sucedâneos, como liberdade de culto, liberdade de expressão, de organização da Igreja e de resistência às leis contrárias às Escrituras. Posteriormente, outros valores da vida em sociedade na América do Norte serão alvo de outras celebrações.

Os covenants, que eram atos originários da congregação, perfaziam verdadeiro pacto, semelhante a um contrato social, em virtude do quais, diziam os puritanos, os pastores têm poder sobre o povo de Deus, o povo sente interesse por

seus ministros, e cada membro da igreja adquire e decide direitos e deveres que lhe cabem na vida em sociedade. (LINARES QUINTANA, 1977, p. 79) São documentos que vão colaborar para o constitucionalismo e a supremacia da “Lei Maior”.

### **2.2.3 Doutrina das leis fundamentais do Reino**

Ante as fraquezas do monarca medieval aliadas aos poderes absolutos do soberano, os legisladores franceses instituíram a “Doutrina das leis fundamentais do reino”, consubstanciada na afirmação de que acima do monarca e fora do alcance de seu poder, havia normas relativas à estrutura política do Estado.

Destarte, os atos praticados pelo monarca que, de alguma forma, afrontassem as leis fundamentais do reino, eram anulados. Esta atitude pode ser indicada como uma formação embrionária do controle de constitucionalidade atualmente adotado por diversos Estados ao redor do mundo.

Outra importante característica das leis fundamentais do reino é que, embora entendimento contrário à época, estas normas eram passíveis de modificação, entretanto, exigia-se um procedimento especial para tanto, qual seja, a obrigatoriedade de haver união entre os três Estados - Clero Nobreza e Povo – no sentido de discutir sobre as alterações. Tal fato muito se assemelha à obrigatoriedade atual de um procedimento especial para a votação de emendas constitucionais.

### **2.2.4 Doutrina do contrato social**

Estas doutrinas que se desenvolveram a partir do século XVI e tiveram visível importância nos séculos XVII e XVIII, não devem ser confundidas com as doutrinas pactistas medievais (vide item “a” deste capítulo).

A doutrina pactista medieval vê no acordo entre o soberano e súditos a fonte do governo e não da sociedade, já o contrato social era, para os pensadores que o instituíram, a fonte precípua da formação das sociedades.

Os principais expoentes das doutrinas do contrato social são Hobbes no *Leviatã*, Locke com o *Tratado do Governo Civil* e Rousseau no *Contrato Social*, entretanto, para o conceito atual de Constituição a contribuição maior foi de Rousseau.

O ilustre filósofo defende a doutrina como uma das fontes da democracia, pois, o contrato social baseava-se na disposição de poderes de cada pessoa da sociedade para o benefício comum.

Assim, pode-se dizer que, para Rousseau, a democracia era a única forma de governo legítima, posto que a vontade geral seria perfeitamente observada, dando-se margem à garantia dos direitos dos homens enquanto sociedade e possibilitando a finalidade social, qual seja a felicidade dos homens, já defendida por Aristóteles.

Todavia, a idéia de Rousseau trazia críticas, ainda que implícitas, ao sistema de governo utilizado pela França na época, o que culminou na idéia, defendida por seus seguidores, de se refazer o contrato social, corrigindo-se os equívocos anteriormente praticados.

A idéia de se refazer o pacto esta umbilicalmente ligada ao conceito de Constituição trazido pela “Declaração dos Direitos do Homem”, um texto escrito associado a uma garantia relativa aos direitos dos cidadãos, ou seja, a Constituição tal qual conhecida hodiernamente.

### **2.2.5 O iluminismo**

O constitucionalismo logrou grande espaço com o pensamento iluminista porquanto a idéia antropocentrista afastava os dogmas que garantiam o poder dos monarcas, dissociando o Estado de seus soberanos.

Nesta época começou-se a questionar o porquê das coisas e, logicamente, o motivo do poder dos soberanos não ficaria a margem deste questionamento. Como este poder, na idade média era baseado unicamente na vontade incontestável de Deus, não havia mais fundamento para os abusos do monarca.

Por outro lado, o período iluminista é marcado pelo início do liberalismo, com o maior afastamento do Estado nas relações entre os particulares, e a busca por uma separação de poderes, capaz de afastar abusos por parte do soberano no que diz respeito às liberdades individuais.

Haveria, portanto, necessidade da existência de uma Constituição escrita com as garantias de que o povo não sofreria abusos de direitos e que a separação dos poderes, baluarte do controle estatal, seria cumprida à risca.

Cumprindo transcrever o ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1999, p. 7) sobre o conceito de constituição para os iluministas, observe: “mais explicitamente, para o liberalismo, Constituição é um documento escrito e solene que organiza o Estado, adotando necessariamente a separação dos poderes e visando a garantir os direitos do homem”.

Portanto, sendo a Constituição o documento escrito no qual se encontram os direitos e garantias dos membros de cada uma das comunidades e, por outro lado, sendo ela a ferramenta para o controle dos atos dos soberanos, conclui-se que as demais leis devem ser inferiores a ela.

## **2.3 Kelsen e o Direito Constitucional**

Atualmente, a soberania da Constituição frente às demais normas é matéria incontestável graças à teoria formulada pelo jurista austríaco Hans Kelsen, a qual eleva a Constituição ao topo de toda cadeia normativa de determinado Estado e dá ao texto constitucional uma característica vinculadora frente às leis infraconstitucionais.

Kelsen, na célebre Teoria Pura do Direito, idealizou o modelo normativo no qual sobreleva-se as normas necessárias à estruturação do Estado e dá a elas o poder de orientar de forma cogente todo o ordenamento jurídico estatal.

Assim Kelsen (1998, p. 217) entrega a validade e fundamentação de todas as leis de um determinado Estado a uma norma soberana, observe:

[...] a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no indeterminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e mais elevada.

Assim, Kelsen chega à conclusão de que existe uma norma última, dotada de poder de nortear o conteúdo das normas hierarquicamente inferiores. Todavia, esta norma superior não pode ser posta por alguma autoridade, esta norma é preexistente às demais normas, tem cunho natural e histórico, é o que o jurista salienta ao explanar sobre essa norma superior, observe:

Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento de sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental. (KELSEN, 1998, p. 217).

A norma fundamental idealizada por Kelsen tinha a função de fazer caminhar, por um mesmo sentido, todo o ordenamento jurídico de um estado, entretanto, conforme já bem salienta o ilustre jurista, esta norma era pressuposta, não podendo ser criada por uma determinada autoridade.

Destarte, vislumbra-se a crença de Kelsen na existência de uma norma preestabelecida em cada comunidade. Estas normas devem, segundo o jurista, atuar como fundamento de validade e legitimidade de todas as normas existentes no ordenamento jurídico destas comunidades.

Para Kelsen, diferentemente da norma positivada, a norma fundamental é pressuposta, pois, a instância da constituição, sendo a mais elevada

autoridade normativa, não pode ser havida como recebedora do direito constituinte através de outra norma, porquanto sua autoridade é superior.

A idéia de que a Constituição é o topo de uma cadeia normativa é ponto fundamental do estudo ora apresentado, pois, somente este caráter de superioridade da Constituição é que possibilita a existência do controle de constitucionalidade das leis infraconstitucionais.

A defesa das normas constitucionais garante o equilíbrio do Estado, porquanto, ao se impedir que sejam incorporadas ao ordenamento jurídico de determinada comunidade normas que colidam com os ideais imbuídos nas Constituições, salvaguarda-se os direitos de seus membros e afasta-se a possibilidade de abusos por parte dos soberanos.

Denota-se que a defesa da Constituição é o grande baluarte do Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual este importante mecanismo de defesa social se irradiou pelo mundo.

Desta maneira, denota-se que a Constituição, para Kelsen, é a norma soberana de cada Estado, sendo que todas as normas infraconstitucionais condicionam sua legitimidade e eficácia a esta norma superior. Eis o fundamento para o controle de constitucionalidade.

## 3 O DIREITO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

### 3.1 A Constituição de 1824

A primeira constituição brasileira foi elaborada ainda nos tempos do império, em 1824. Esta Constituição foi outorgada por Dom Pedro I e sua confecção foi motivada, principalmente, pelo retorno da família real ao Brasil.

A Constituição de 1824 teve sua inspiração no movimento liberal que motivou as revoluções francesa e estadunidense e que se espalhou pelo mundo no século XVIII e início do século XIX.

A ideologia do liberalismo coloca o homem como alicerce da sociedade, sendo que a ação do Estado passa a ser restrita e excepcional somente aceita quando o homem, individualmente, não é capaz de exercer alguma função.

Os ideais liberais se opunham às monarquias absolutistas, a entrega do poder ao povo significava minar as forças desta forma de governo. Em razão destes ideais liberais, muitas monarquias foram derrubadas ou demasiadamente enfraquecidas por não terem condições de se adaptar ao movimento liberal.

Outras, entretanto, sobreviveram mediante concessões aos princípios da soberania popular, foi o caso do Império brasileiro, a Constituição de 1824 era marcada por grande liberalismo, retratado num rol de direitos individuais bastante moderno para a época.

De outra parte, a Constituição de 1824 já trazia a idéia de separação de poderes, entretanto, com uma peculiaridade, o acréscimo de outro poder denominado Poder Moderador, que possibilitava a intervenção do Imperador nos demais poderes.

Outra peculiaridade trazida pela Constituição de 1824 foi a característica de semi-rigidez de seu texto, separando-se as normas materialmente constitucionais (que somente poderiam ser alteradas mediante maioria qualificada

dos votos dos parlamentares) das formalmente constitucionais (que poderiam se alteradas pelo simples processo legislativo das leis ordinárias).

Segundo a Constituição de 1824, sua guarda cabia ao Poder Legislativo, entretanto, nenhum mecanismo lhe fora conferido para exercer esta função, conclui-se, portanto, que não é possível se falar em controle de constitucionalidade neste período constitucional brasileiro.

Por outro lado, o controle de constitucionalidade somente foi criado mais de meio século depois nos Estados Unidos. Em verdade, vigia na época da promulgação da Constituição de 1824 uma forte proteção à soberania do parlamento, influenciada pelas diretrizes institucionais da França e da Inglaterra e fruto do dogma da infalibilidade da lei presente na filosofia de Rousseau.

### **3.2 A Constituição de 1891**

A Constituição de 1891 foi fruto da Proclamação da República, datada de 15 de novembro de 1891, que destituiu o império.

O movimento não foi embasado em expressiva iniciativa popular, mas sim, na atitude de tropas situadas no Rio de Janeiro. Contudo, a implantação da República e da Federação era desejada no país, uma vez que diversos movimentos no sentido foram observados no Brasil ao longo do século XIX.

Com a Proclamação da República, instituiu-se uma comissão com cinco membros para debate e elaboração de um anteprojeto da Constituição da república.

O jurista Rui Barbosa sempre teve grande influencia nos debates para a votação da constituição de 1891, por conta disto, a carta absorveu muitas das idéias do federalismo americano, do qual Rui Barbosa era grande conhecedor.

Assim, com a Constituição de 1891, o Brasil implanta de maneira definitiva a República e a Federação, sendo que esta última importou na outorga de poder político às antigas províncias, que passaram a se auto-governar com autonomia, inclusive financeira.

Os poderes voltaram a ser divididos conforme a teoria clássica de Montesquieu, com um executivo presidencialista, um legislativo dividido em Senado e Câmara, representando estados-membros e povo respectivamente, e um judiciário fortalecido, agregando a função de controlar os demais poderes.

Denota-se, na Constituição ora em testilha, o destaque dado à declaração de direitos, que contava com extinção de penas desumanas como o banimento judicial e a pena de morte, e com a absorção do instituto do Hábeas Corpus no próprio texto constitucional.

A constituição volta a ser rígida, de modo que todas as normas constantes em seu corpo, independentemente da matéria de que tratam, somente podiam ser modificadas mediante complicado processo legislativo, com a necessidade de se observar maioria qualificada de votos aprovando a alteração.

A Constituição de 1891, não obstante muito importante para o reconhecimento de direitos e garantias individuais e emancipação do Estado, estava fadada ao desaparecimento por conta de atos de um movimento armado em 1930, o que pôs fim ao movimento denominado Primeira República.

Nesta Constituição, instituiu-se o controle de constitucionalidade no Brasil. O sistema adotado foi o do controle difuso por via de exceção, influenciado pelo constitucionalismo americano. O sistema vigorou nas constituições sucessivas até os dias de hoje.

### **3.3 A Constituição de 1934**

Não foi a Constituição de 1934 que revogou a antiga “carta” republicana de 1891, mas sim, o decreto nº 19.398 de 11 de novembro de 1930, que instituiu o governo em decorrência da vitória da Revolução liderada por Getúlio Vargas que pôs fim ao período da Primeira República.

Para se entender os motivos da criação da Constituição de 1934, bem como a finalidade por ela auferida, é de suma importância conhecer o contexto histórico que se passava à época de sua elaboração.

Vários fatores corroboraram para o enfraquecimento da Constituição de 1891 e, conseqüentemente, da República, quais sejam: um sistema eleitoral sem confiança dos cidadãos; desprezo para o direito à participação política das mulheres; falta de observância às garantias do Poder Judiciário dentre outros.

Por outro lado, a crise de 1929, fez cair por terra todas os dogmas de justiça que envolviam o liberalismo, redundando no surgimento de movimentos sociais pleiteando melhores condições de vida, pondo em dúvida a validade da democracia liberal.

Por conta deste quadro, vislumbrou-se o surgimento de ideologias radicais extremas, tanto de direito quanto de esquerda, motivadas pela crença na justiça presente nos regimes totalitários que eclodiram por toda a Terra. No Brasil não foi diferente com integralistas, liderados por Plínio Salgado e comunistas, comandados por Luís Carlos Prestes.

Neste contexto de queda de credibilidade do liberalismo e clamor pelo surgimento de uma constituição mais adequada aos anseios sociais da época, foi promulgada a Constituição de 1934. Sobre a carta, afirma Celso Ribeiro de Barros (1990, p. 63):

Esse estatuto político, a par de assumir teses e soluções da Constituição de 1891, rompeu com a tradição até então existente, porque, sepultando a velha democracia liberal, instituiu a democracia social, cujo paradigma era a Constituição de Weimar.

A Constituição de 1934 trouxe conteúdo novo, entretanto, os princípios formais fundamentais firmados pela Constituição de 1891 foram mantidos, quais sejam, a república, a federação, separação de poderes, presidencialismo e o regime representativo.

A Carta de 1934 inovou com o rompimento do bicameralismo rígido do poder legislativo, porquanto, somente a Câmara dos Deputados era órgão legislativo, ficando o Senado apenas com a função de órgão colaborador daquela.

Quanto à declaração de direitos, se inscreveram no rol de direitos sociais normas relativas à família, educação e cultura, quase todas programáticas, sob a influência da Lei Fundamental de Weimar.

A Constituição de 1934 manteve as regras do controle difuso de constitucionalidade, entretanto, trouxe novidades ao sistema, deixando mais atual e efetivo. Sobre estas alterações, cumpre transcrever as observações de José Afonso da Silva (1995, p. 54):

A Constituição de 1934, mantendo as regras do critério difuso em seu art. 76, *a* e *b*, trouxe três inovações importantes: a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 7º, I, *a* e *b*), a regra de que só por *maioria absoluta* de votos dos seus membros os tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público (art. 179) e a atribuição ao Senado Federal de competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional em decisão definitiva.

Como visto, a Constituição de 1934 trouxe melhorias ao sistema embrionário de controle criado pela Constituição de 1891. Com as mudanças, passou a vigorar no Brasil o controle concentrado de constitucionalidade, entretanto, este controle em nada se assemelha ao controle que estava sendo difundido concomitantemente na Europa. Contudo, esta constituição teve curta duração.

### **3.4 A Constituição de 1937**

Após a Primeira Guerra Mundial, os partidos políticos já assumiam posições ideológicas radicalmente opostas, tentando resolver os problemas surgidos após o pleito armado, surge assim um Partido Facista, denominado integralista, liderado por Plínio Salgado e o Partido Comunista se reorganiza, com Luís Carlos Prestes na chefia.

Getúlio Vargas, no poder à época, dissolve a Câmara, revoga a Constituição de 1934 e promulga a Constituição de 1937, fundamentando sua atitude no fato de que as formações políticas que se estabeleciam ao redor do mundo ofereciam perigo imediato às instituições, exigindo-se, portanto, o reforço do poder estatal.

A Constituição de 1937 tinha como finalidade primordial fortalecer o Poder Executivo, assim como ocorrera em diversos países ao redor do globo, passando a ser legitimidade deste Poder a decretação de leis e também a sua aplicação. A referida “carta”, elaborada por Francisco Campos, utilizou os modelos da Constituição totalitária da Polônia e da “Carta Del Lavoro”, do fascismo italiano de Benito Mussolini.

A Carta de 1937 reduziu o papel de Poder legislativo e, na prática, estabeleceu a Ditadura, na qual as funções legislativa e executiva ficavam nas mãos do Presidente da República, que legislava por meio de decreto-lei.

A Constituição de 1937, com bases axiológicas que fundaram o “Estado Novo”, retrocedeu em relação às conquistas democráticas auferidas nas Constituições anteriores, este retrocesso também alcançou o sistema de controle de constitucionalidade.

Esta Constituição deixou de tratar da possibilidade do Senado Federal suspender a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, impedindo, assim, que fosse conferido efeito *erga omnes* à decisão.

Por outro lado, a Constituição do “Estado Novo” estabeleceu, em seu artigo 96, parágrafo único, que o Presidente poderia devolver à apreciação do Poder Legislativo a lei que tivesse sido declarada inconstitucional.

Destarte, caso a lei viciada fosse aprovada novamente por dois terços dos votos em cada uma das câmaras, a decisão do tribunal perderia o efeito e a lei, ainda que já declarada inconstitucional pelo tribunal, voltaria vigorar. O sistema é fruto do regime autoritário da época que, de tão ignorante, não previa sequer um mecanismo de defesa para a Constituição que o assegurava.

### **3.5 A Constituição de 1946**

Com o fim da Segunda Guerra Mundial próximo, as diretrizes para a nova ordem jurídica mundial já se delineavam, Getúlio Vargas, então Presidente, se

antecipa e através da Lei Constitucional nº 9 convoca eleições parlamentares para que se iniciem os projetos de alteração da Constituição de 1937.

A lei não tinha em mira a elaboração de uma nova Constituição, mas tão somente, a alteração do texto constitucional vigente, todavia, esta saída não correspondia às rápidas e contundentes mudanças ideológicas que se presenciavam à época.

O acirramento da campanha eleitoral desencadeou a queda de Getúlio Vargas em 29 de outubro de 1945, substituído pelo então Presidente de Supremo Tribunal Federal, José Linhares. Só com esta mudança fora possível a efetiva transformação do projeto inicial de reforma da Constituição de 1937 em projeto para a elaboração de uma nova Constituição.

A Carta de 1946 foi considerada uma das melhores Constituições que o Brasil teve ao longo de sua história, era uma Constituição Republicana, Federalista e Democrática, que prestigiava como nenhuma outra o municipalismo.

Os três poderes foram devidamente separados e tiveram suas funções bem delineadas, com um Executivo munido de mandato de cinco anos e eleito pelo voto direto; um Legislativo bicameral, assim como era previsto na Constituição de 1934; e um Judiciário com prerrogativas ampliadas.

Quanto aos direitos e prerrogativas individuais, a Constituição de 1946 retoma o rol da Constituição de 1934, com algumas novas disposições, como o direito de acesso incondicional ao Poder Judiciário, o que hoje se pode assimilar ao Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

Outra importante matéria tratada pela Constituição de 1946 foi a regulamentação para a criação e manutenção dos partidos políticos, que até então vinham enfrentando bastante resistência para serem recebidos e acolhidos pelo direito.

Esta carta reafirmou os sistemas de controle de constitucionalidade vigentes na Constituição de 1934 e corrigiu a involução trazida pela Constituição de 1937 sobre o assunto.

Foram ainda introduzidas duas inovações: a ação direta de inconstitucionalidade, genérica e julgada no Supremo Tribunal Federal; e a

possibilidade da lei prever um processo de competência do Tribunal de Justiça, para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal que conflite com a Constituição estadual.

A constituição de 1946, entretanto, não foi precedida de um projeto preordenado que se oferecesse à discussão de suas diretrizes em Assembléia Constituinte. Em verdade, teve sua formação embasada nas constituições de 1891 e 1934, voltando-se para o passado sem muito se importar com a realidade da época, embora buscasse restaurar a democracia, dentro de ideais firmados posteriormente à Segunda Guerra Mundial, que provocaram sentimento de repulsa ante aos regimes totalitários.

Diversas crises políticas marcaram o período da vigência da Constituição de 1946, militares conservadores continuavam a tentar derrubar o poder democrático que voltara a vigor com esta “carta”.

Após um complicado governo de Juscelino Kubitschek, no qual eclodiram diversas rebeliões golpistas que não lograram êxito, Jânio Quadros assume a Presidência e, depois de sete meses, renuncia.

Os militares, por sua vez, iniciam uma intensa oposição ao sucessor de Jânio Quadros, João Goulart, que demonstrava tendências comunistas. Aliás, no dia da renúncia do Presidente, João Goulart se encontrava em viagem para a China, no auge da chamada “Guerra Fria”, que colocava de um lado os Estados Unidos e se outro a China e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

Motivada por esta resistência militar ao comunismo e ao Vice-Presidente que assumiria o cargo de Chefe de Estado e Governo, fora votada as pressas emenda constitucional parlamentarista (EC nº 4 de 2 de setembro de 1961), retirando consideráveis poderes do Presidente.

A emenda constitucional é derrubada por plebiscito contrário ao parlamentarismo. O Brasil volta a ser uma República Presidencialista e João Goulart tenta se equilibrar no poder, frente à árdua oposição dos militares, que redundam em sua deposição no dia 1º de abril de 1964, pelo Movimento Militar instaurado na véspera.

O comando militar revolucionário efetua prisões políticas contra os aliados do presidente deposto bem como contra qualquer pessoa que não aceite o

regime político instaurado após o golpe militar. A ordem constitucional até então vigente começa a ruir.

Em 9 de abril de 1964, expede-se o Ato Institucional que manteve a carta constitucional de 1946 em vigor, entretanto, a partir de sua decretação, diversos atos complementares começam a adequar a Constituição à estrutura governamental vigente àquela época que era autoritária e, posteriormente, passou a ser totalitária. Assim, diversos atos complementares e mais três atos institucionais seriam editados antes da promulgação da imperiosa nova Constituição, que legitimaria o regime militar.

### **3.6 A Constituição de 1967**

O Marechal Humberto de Alencar Castello Branco é escolhido pelos militares como Presidente da República e passa a governar com base nas reformas axiológicas trazidas ao cenário político brasileiro pelos Atos Institucionais editados.

Sucessivas crises culminaram na edição de novos Atos, sendo que o último editado sob a égide daquela Constituição de 1946 foi o Ato Institucional nº 4, que regulou o procedimento para votação de uma nova Constituição para o Brasil.

Em 15 de março de 1967, juntamente com a posse do Marechal Arthur da Costa e Silva para o cargo de Presidente da República, entra em vigor a Constituição promulgada em 24 de janeiro de 1967. Esta Constituição emergia no Estado brasileiro sob forte influência da Constituição de 1937, abarcando, pois, suas diretrizes ditatoriais.

Sob o argumento da defesa da segurança nacional, volta a dotar o Presidente da República e a União de poderes absolutamente incompatíveis com o ideal democrático. Conferindo ao chefe do Estado plenos poderes legislativos, é o que ensina Raul Machado Horta (1999, p. 59), que com proficiência salienta:

A Constituição de 1967, ao contrário da de 1946, está voltada para o fortalecimento do Poder Executivo e da autoridade do Presidente da

República. A Constituição converte o Presidente em legislador, conferindo-lhe a competência de expedir decretos-leis sobre as matérias de segurança nacional e finanças públicas, cabendo-lhe também preencher, a seu juízo, o conteúdo de uma e de outra, na falta de definição constitucional (art. 58, I e II). Ampliou-se a competência legislativa exclusiva do Presidente da República (art. 60, I, II, III e IV) e a iniciativa presidencial ficou protegida pela proibição de emendas de Deputados e Senadores (art. 60, parágrafo único).

Ademais, a Constituição de 1967 reduziu a autonomia individual a quase nada, autorizando a suspensão de direitos e garantias constitucionais, neste ponto, inclusive, só não demonstra maior autoritarismo que a Constituição de 1937.

Entretanto, mesmo com a linha dura adotada pelo texto constitucional, a “carta” de 1967 não teve vida longa. As crises continuaram a atormentar o governo, o que motivou a edição do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1967. O Ato, dentre outras graves ofensas às garantias dos cidadãos, volta quase duzentos anos na história mundial, pois despreza as diretrizes firmadas nas revoluções setecentistas ao fechar o congresso nacional. O Brasil chegou ao fundo do poço com um modelo totalitário. E lá permaneceu por longos e penosos anos.

Posteriormente, grave moléstia acomete o Presidente Costa e Silva, sendo então declarado impedido temporariamente de exercer o governo pelo Ato Institucional nº 12, que passa o Poder Executivo de vez para o comando militar, um grupo formado pelo Ministro da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar.

Os novos chefes do Estado, impelidos pelas sucessivas crises geradas pelo texto constitucional de 1967 e pela ordem ditatorial instaurada, começam a preparar o que posteriormente fora admitido por muitos como uma nova Constituição brasileira, entretanto, denominada Emenda nº 1 de 17 de outubro de 1969.

### **3.7 A Emenda Constitucional nº 1 de 1969**

Para alguns juristas, v. g. José Afonso da Silva, a Emenda Constitucional de 1969 era assim denominada apenas para possibilitar a outorga de seu texto, tratava-se sim de uma nova Constituição, pois, até a denominação do país

fora mudada por ela porquanto o texto constitucional passou de “*Constituição do Brasil*” para “*Constituição da República Federativa do Brasil*”.

Todavia, não é o entendimento mais correto, a ordem política continuou calcada num autoritarismo presidencial, que com a Emenda de 1969 apenas passou para a ditadura presidencial. Nomenclaturas a parte, certo é que os direitos e garantias individuais eram cada vez mais restringidos e não havia liberdade para os movimentos oposicionistas.

Pela sinopse histórica até aqui apresentada, percebe-se claramente que as novas Constituições, muito mais que a denominação que carregam, são diferenciadas pelas bases axiológicas imbuídas em seu texto, exteriorizadas pela forma como o país será governado.

As mudanças constitucionais sempre foram precedidas de acontecimentos que alternavam o rumo natural das coisas, tais como a mudança do império para a república, a entrada de uma ditadura e posteriormente o seu fim e, em 1964, a tomada de poder, novamente, por um grupo militar de ideologia ditatorial.

Baseando-se nestas mudanças, poder-se-ia dizer, inclusive, que a nova ordem constitucional data, em verdade, de 31 de abril de 1964, quando os militares tomaram o poder e depuseram o então Presidente João Goulart. Certo é que, relativamente a Constituição de 1967 e a Emenda de 1969 não houve mudança nas bases axiológicas, mas, tão somente, o agravamento de uma crise democrática que consolidara o novo regime jurídico brasileiro já em 1964.

Todavia, passada a discussão sobre a natureza jurídica da emenda de 1969 que não toca o mérito do presente trabalho a discussão e com a devida vênia a todos os entendimentos contrários, o importante, em verdade, é que a Emenda de 1969 trouxe o agravamento da crise política vivida pelo Brasil naqueles anos.

A emenda constitucional erradicou do texto da “carta” original as derradeiras garantias dos membros do poder legislativo, submetendo assim, Deputados e Senadores, às restrições das atividades parlamentares, *v. g.* o retraimento da inviolabilidade por opiniões palavras e votos (art. 32).

O mandato para o cargo de Presidente da República foi estendido de quatro para cinco anos, e restringia-se ao Senado Federal a escolha dos novos

Chefes do Governo, o que seria fonte geradora da movimentação democrática instituída por Tancredo Neves anos mais tarde.

A emenda constitucional ratificou a evolução ditatorial vigente no Brasil. A ditadura presidencial estabelecida pela emenda idealizada pelos ministros militares conferiu ainda mais poderes ao Presidente que passou a dispor de competência para suspender direitos políticos, cassar mandatos, decretar o confisco de bens, dentre outras atrocidades.

O processo de modificação da Constituição de 1967 não ficou restrito à emenda de 17 de outubro de 1969, sucederam-na outras 24 emendas que retalharam o texto constitucional, ora tornando-o mais ditatorial, ora deixando-o mais brando. O fato é que as sucessivas emendas tornaram a Constituição de 1967 imprestável. Tal fato, aliado a intolerância do povo brasileiro com o rumo tomado pelo país, acabou por motivar a edição da emenda constitucional nº 26 de 27 de novembro de 1985, que, em verdade, não configura emenda constitucional, mas sim, ato político, pois convocou a Assembléia Nacional Constituinte, que o povo brasileiro há muito tempo angustiava.

Não há que se falar em controle constitucionalidade no período do regime militar, pois a Constituição foi sempre desrespeitada pelos detentores do Poder que ignoram todos os direitos e garantias individuais mesmo quanto previstos.

Lembre-se que Constituição não trata apenas dos aspectos formais pertinentes à estruturação do Estado, mas também e principalmente, traz as garantias individuais dos cidadãos, Constituição demanda liberdade individual e sua defesa obriga a proteção da liberdade individual. Não há, portanto, controle eficiente de constitucionalidade no Brasil no período compreendido entre 31 de março 1964 até efetiva vigência da Constituição de 1988.

### **3.8 A Constituição de 1988**

Juntamente com golpe militar de 1964 e o regime político instaurado pela revolução, iniciaram-se os primeiros movimentos contrários à sua perpetuação.

Tais movimentos tinham como escopo reconduzir o Brasil à democracia, porém, a linha dura do Estado autoritário obstou o êxito dos movimentos de finalidade democrática.

Com o abrandamento do regime, na década de oitenta, uma multidão começa a ir as ruas requerer eleição direta para a Presidência da República. Inovação esta que somente se consolidaria com uma nova Constituição, promulgada com a intenção de devolver as diretrizes democráticas e humanitárias ao Brasil.

Não obstante às dificuldades que ainda teimavam em distanciar o Brasil da tão sonhada redemocratização, as forças opositoras ao regime autoritário lançam a candidatura de Tancredo Neves, então governador das Minas Gerais, à Presidência da República.

Em 15 de janeiro de 1985 Tancredo Neves vence o pleito presidencial e defende a promulgação de uma nova Constituição, democrática e social, a qual eliminaria do ordenamento jurídico brasileiro todo e qualquer vestígio de autoritarismo. A nova Constituição seria elaborada por uma Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, a ser convocada após a posse do novo Presidente.

Todavia, Tancredo Neves falece antes de assumir a Presidência da República, sua morte, entretanto, não impediu que seu ideal de redemocratização fosse alcançado. Em 27 de novembro de 1985, José Sarney, vice de Tancredo, envia ao Congresso a proposta de emenda constitucional, denominada Emenda 26, que, em verdade, conforme já aduzido, configura o ato político de convocação de Assembléia Nacional Constituinte.

A constituição de 1988 é a Constituição cidadã, pois, teve ampla participação popular em sua formulação e derroca de vez as pretensões militares de retomada do poder. A democracia volta a reinar soberana no Brasil. A ditadura agora é matéria das aulas de história.

A nova constituição é um importante texto no cenário político brasileiro e mundial, retoma as diretrizes necessárias a boa conservação dos direitos e garantias individuais e afasta de vez o regime autoritário que até então assombrava os brasileiros.

Se existe um problema com a Constituição atualmente vigente, é a sua má aplicação. Vezes pela falta de programas precisos para a erradicação da

pobreza e desenvolvimento social, vezes pela impossibilidade financeira de se por em prática diretrizes demasiadamente custosas para um país de terceiro mundo.

Não obstante aos problemas percebidos no Brasil nesta nova era política, denota-se que a Constituição de 1988 tem possibilidade ser a “carta” mais duradoura da história brasileira. A Constituição quase chega a vinte anos de promulgação e até agora não se cogita sua substituição. O Brasil, até o momento se mostra um país firme no ideal democrático, apesar da dura história que um dia afligiu seu povo.

A despeito do controle de constitucionalidade, cumpre salientar que originalmente o texto da constituição de 1988 trouxe apenas a disposição referente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, por ação ou omissão, aumentando também o rol dos legitimados para a interposição da demanda constitucional.

Posteriormente, com a Emenda nº 3 de 17 de março de 1993, instituiu-se a ação declaratória de constitucionalidade, que também teve seu rol de legitimados aumentado posteriormente pela Emenda nº 45 de 30 de dezembro de 2004.

A mesma Emenda criou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a qual foi posteriormente regulamentada pela lei 9.882/99. A arguição majora a possibilidade de controle da constitucionalidade das leis, aplicando-o às leis municipais frente à Constituição Federal e criando a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição.

## 4 OS SISTEMAS JURÍDICOS

O direito tem a mesma função pacificadora em todos os povos da Terra, entretanto, é ponto nodal para o deslinde do presente trabalho que se entenda que a criação dos direitos em cada um destes povos é realizada de maneira peculiar, com idiosincrasias próprias a cada comunidade e baseada na história e costume local.

A criação e alteração dos direitos devem ser realizadas de maneira respeitosa às garantias alcançadas ao longo dos tempos, sob pena de se agredir bruscamente a justiça inerente às normas e, conseqüentemente agredir o direito aplicado por cada povo.

É essencial ao legislador conhecer como o direito é criado em cada um dos sistemas jurídicos existentes ao redor do mundo, porquanto não é justo trazer princípios e normas de outros países sem que haja compatibilidade entre os sistemas jurídicos. Isto redundaria no enfraquecimento de todo o aparato normativo do país, uma vez que não haverá convergência entre uma lei e outra.

Destarte, nos próximos tópicos serão delineados os principais aspectos de dois dos mais importantes sistemas jurídicos existentes, quais sejam o sistema romano-germânico e o sistema da common law, matéria esta de suma importância para a devida compreensão do tema ora tratado.

## 4.1 O Sistema Romano-Germânico – Civil Law

### 4.1.1 A formação do sistema

O sistema romano-germânico tem sua origem no momento em que os estudiosos resolveram compilar em códigos, os julgamentos, as normas costumeiras e as leis esparsas, formando-se assim um direito escrito e abstrato.

As primeiras concepções do que seria posteriormente denominado de Sistema romano-germânico foram delineadas ainda no Império Romano, donde se observava já a compilação de normas em documentos que descreviam direitos e obrigações. Todavia, todo o avanço daquela época ficou esquecido pelo período da Idade Média.

O sistema romano-germânico terá efetivamente seu nascedouro na Europa Continental no século XIII. A essa época, após um grande período de dominação do direito consuetudinário marcado por normas que não conseguiam transcender as fronteiras dos feudos, inicia-se, com o declínio da Idade Média, um aprofundado estudo do direito romano aplicado séculos antes.

Com o advento do movimento renascentista, iniciou-se a procura por direitos mais condizentes com a justiça e a igualdade, já que as comunidades da Europa acabavam de sair de um período de incerteza jurídica, no qual a busca pelo Direito era submetida à prova dos fatos alegados pelas ordálias.

Destarte, movimento renascentista faz florescer no Homem a procura por direitos concretos, que assegurassem uma vida digna aos membros das comunidades européias, é o que salienta o professor René David (1998, p. 31):

A criação da família de direito romano-germânica está ligada ao renascimento que se produz nos séculos XII e XIII no Ocidente europeu. Este renascimento manifesta-se em todos os planos; um dos seus aspectos importantes é o jurídico. A sociedade, com o renascer das cidades e do comércio, toma de novo a consciência de que só o direito pode assegurar a ordem e a segurança necessárias ao progresso.

Desta forma, abandona-se a idéia de direito fundado na Igreja, e iniciando-se uma separação da religião e da ordem moral e civil. E aí está a importância dos estudos relacionados ao direito romano, uma vez que a idéia da obrigatoriedade da regulamentação das sociedades pelo direito, pelo menos nas relações particulares, já estava imbuída no pensamento daquele povo, séculos atrás.

O estudo do direito romano e a tentativa de aplicá-lo na Europa naquela época estava umbilicalmente ligado ao fato do homem ter se fartado do direito baseado em costumes atrasados e dificilmente alterados com o tempo, direito este que, na maioria das vezes, não condizia com o ideal de justiça e equidade buscado pelo homem.

Com a compilação de leis em estatutos, deu-se, aos poucos, uma feição racional às soluções dos conflitos, de modo que a mesma norma poderia ser utilizada em vários outros casos, mesmo que não fossem idênticas aos conflitos anteriormente julgados, aplicando-se sempre a lógica para se obter novas soluções.

A maior preocupação do sistema era não atribuir casuísmos às normas fixadas, assim, quanto mais abstrato e racional fosse o direito, melhor se adaptaria às necessidades populares e regulamentaria maior número de casos.

Já no século XVII surge uma nova forma de conceber as leis compiladas, é a escola do direito natural que atrelava a lei escrita e universal à necessidade da observância da razão, da justiça e de necessidades básicas à população, dando um caráter mais justo ao direito.

A escola do direito natural auferiu dois grandes êxitos, o primeiro foi estender o alcance das legislações às relações do direito público, ou seja, às relações entre governantes e governados, que até a época eram deixadas de fora das normas compiladas.

O segundo grande êxito da escola do direito natural fora a codificação, que permitia a positivação das normas estabelecidas nas universidades, imbuindo a razão nos textos legais, criando códigos dotados de normas bem sistematizadas para serem aplicadas pelos tribunais, neste sentido, aduz René David (1998, p.52):

A codificação é a técnica que vai permitir a realização da ambição da escola do direito natural, expondo de modo metódico, longe do caos das compilações de Justiniano, o direito que convém à sociedade moderna e que deve, por conseqüência, ser aplicado pelos tribunais.

A codificação contribuiu de maneira excepcional para a expansão do sistema romano-germânico, que passou, por conta do Código de Napoleão, a ser conhecido fora da França e do continente europeu, reforçando a unidade do sistema.

Em contrapartida, perdeu-se a finalidade buscada nas universidades, qual seja, de se formular um direito justo e concebido para salvaguardar os direitos da sociedade como um todo. As leis nacionais passaram a se confundir com a justiça. O direito legislado, que a princípio tinha a função de transcrever em códigos o ideal de justiça descoberto nas universidades ficou distorcido. Essa foi a conseqüência desastrosa da codificação, que ao longo do tempo foi corrigida.

O problema foi sendo resolvido aos poucos, com o abandono do positivismo acirrado e o reconhecimento da função social das normas, tendente a buscar soluções justas aos problemas das sociedades, denota-se a inserção dos princípios constitucionais nas regras do direito puro.

Certamente, os flagelos da segunda guerra mundial, praticados sempre de acordo e legitimados por leis dotadas de injustiça patente, contribuíram para o reconhecimento de direitos supralegais, que carregam em seu âmago a função de norteadores da interpretação e aplicação da lei, tornando cada vez mais justo e hígido o sistema.

#### **4.1.2 Características do sistema romano-germânico**

Talvez a característica mais marcante do sistema romano-germânico seja a compilação das normas jurídicas em códigos, a chamada codificação do direito, já vista em tópico anterior.

Entretanto, existem outros vários pontos fundamentais do sistema romano-germânico que não podem ser esquecidos neste estudo e que, durante a

história de sua formação, foram se agrupando ao seu conceito e dotando-lhe de idiosincrasias que o diferenciam demasiadamente do sistema da common law.

Começando pela codificação, pode-se perfeitamente aduzir que foi a característica que favoreceu a expansão do sistema por toda a Europa continental, com o conhecimento do Código de Napoleão pelos outros países europeus, aliado à impressão de país guerreiro que se tinha de uma França revolucionária à época. A codificação não deve ser analisada sem o mérito merecido sendo, portanto, a mais marcante e a mais importante característica do sistema romano-germânico.

Outra importante característica que deve ser ressaltada no sistema romano-germânico é a generalidade presente em suas normas, que devem ser aptas a alcançar o maior número possível de situações. Denota-se, como resultado desta característica, que neste sistema existe um número inferior de normas em relação ao sistema da Common Law, no qual as normas devem ser dotadas de caráter mais restritivo, por serem confeccionadas para alcançar determinados casos concretos.

No sistema, não obstante a característica retro esposada, não deve ser dada generalidade excessiva à norma, a ponto de por em risco a segurança jurídica do sistema. Este meio termo a ser encontrado entre a generalidade e a restrição na formação do direito talvez seja o maior desafio do legislador do sistema romano-germânico.

Verifica-se, por conseguinte, que a tarefa primordial do jurista deste sistema é a de interpretar as normas já formuladas pelo legislador, assim, forma-se o direito com a atuação legislativa do Estado, e ao judiciário cabe sua interpretação, que deve ser restrita ao texto normativo e conjugada aos princípios vigentes, herança da escola do direito natural, que sobrelevava a primazia da razão à norma positivada.

No sistema romano-germânico a lei tem a função de dar parâmetros concretos e gerais para que o julgador possa determinar de qual das partes é o melhor direito, utilizando-se das mesmas regras para julgar tantos casos quanto possíveis, por maiores que sejam as peculiaridades neles constadas.

A metodologia para a aplicação do direito neste sistema faz necessário o uso dos silogismos, sendo que à questão apresentada para julgamento (premissa

maior) deveria ser enquadrada na norma elaborada pelo legislador (premissa menor) de maneira que fosse possível o alcance de uma decisão sobre o caso (conclusão).

Assim, para o sistema romano-germânico, a lei é a fonte primária do direito, e as relações jurídicas são julgadas conforme seus preceitos. Não havendo margem para julgamentos baseados em qualquer outro fundamento que não a norma criada pelo legislador e os princípios aceitos pelo direito.

Atualmente, com os ensinamentos de Hans Kelsen, o sistema está estruturado como uma pirâmide, onde no topo reside a Constituição, norma abstrata e genérica, e com regras mais específicas abaixo, sendo estas escalonadas conforme a sua amplitude em relação aos regulamentados. Destarte, quanto menos abstrata for a norma, mais próxima da base ela se encontrará.

De outra forma, deve ser mencionada a importância das demais fontes do direito para sua concepção no sistema romano-germânico, porquanto, se não criam o propriamente o direito, dão margem para sua interpretação, restringindo ao alcance do caso concreto as normas gerais elaboradas pelo Estado-Legislator.

Todavia, a utilização das fontes secundárias de direito no sistema, no caso a jurisprudência, não faz o sistema entrar em confusão com a common law, a explicação é de René David (1998, p. 84):

Qualquer que seja a sua importância, é certo que as regras de direito secundárias elaboradas pela jurisprudência conservam uma maior generalidade que a regra de direito a qual chega o juiz quando não é guiado pelo legislador. Nós temos, por consequência, nos países da família romano-germânica, muito 'menos direito' que nos países em que a regra de direito resulta diretamente da formação judiciária.

Portanto, o uso da jurisprudência não faz o sistema romano-germânico se confundir com a common law, mas sim, demonstra ser a pura decorrência da característica de generalidade daquele sistema, cabendo, assim, ao Poder Judiciário adequar o caso concreto à norma pré-concebida, enquanto na common law, como veremos, cabe ao Judiciário conceber a norma jurídica propriamente dita.

### 4.1.3 A criação e revogação dos direitos no sistema romano-germânico

Característica de sobeja importância e que não pode ficar de fora deste trabalho é a maneira como são criados e revogados os direitos na família romano-germânica.

Pode-se afirmar que foi de suma importância, para o sistema romano-germânico, a teoria da tripartição de poderes, proposta por Montesquieu, que confere ao legislador a função de fazer as leis e retira esta função da seara de atuação dos magistrados.

Assim sendo, denota-se a diferença de idéias dos filósofos relacionados ao sistema da common law e aos pensadores do sistema romano-germânico, posto que na Inglaterra, preocupava-se com a minimização dos poderes absolutos do monarca, sem se preocupar com a possibilidade criação de direitos realizada pelos juízes.

Sobre o assunto, Montesquieu (2004, p. 170) demonstra excessiva preocupação, observe:

Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o juiz seria Legislador.

Denota-se, portanto, que para Montesquieu, não poderia haver qualquer confusão entre os Poderes e os legitimados para neles atuar. Desta forma, ao Legislativo cabia a criação das leis, ao Executivo governar e ao Judiciário apenas aplicar a lei, não lhe sendo lícito criar direitos.

Montesquieu, por conseguinte, fixava sua filosofia numa separação completa de funções, de modo que seria um ataque ao sistema por ele proposto a inserção de regras no ordenamento jurídico por parte dos juízes, pois, caso isto ocorresse, os julgadores estariam adentrando na esfera de poder do Parlamento.

Deste modo, a criação de direitos no sistema romano-germânico é realizada pelo legislador, quando confecciona o texto legal e promulga a lei, cabendo ao juiz, tão somente a sua aplicação nos casos concretos.

Destarte, com a tripartição elaborada por Montesquieu e aceita pelos países onde vige o sistema romano-germânico, unida à feição moderna de Estado onde quem cria o direito é o povo representado pelos parlamentares, assim instituídos democraticamente, a criação ou revogação de direitos por parte dos juízes caracterizaria um atentado ao sistema e a justiça presente nas normas.

#### **4.1.4 A lei como fonte primária de Direito**

Com base nas assertivas supranarradas, consegue-se facilmente vislumbrar que a fonte primária de direito nos países que adotaram o sistema romano-germânico é a lei, promulgada pelos representantes do povo para reger sua vida social.

Os juristas destes países devem buscar, primeiramente, nas leis para solucionar as questões que lhes são postas para análise, é o que ensina René David (1998, p. 93):

Nas condições do mundo moderno e também por razões de ordem filosófica e política, considera-se hoje, de um modo geral, nos países da família romano-germânica, que a melhor maneira de chegar às soluções de justiça, que o direito impõe, consiste para os juristas, em procurar apoio nas disposições da lei.

Estas disposições de direito escrito, concernentes em buscar a solução dos litígios apresentam-se, no sistema romano-germânico, numa hierarquia sendo que no topo encontram-se as normas constitucionais.

Existe, portanto, dentro do próprio sistema, um escalonamento entre as leis que deverão ser usadas em cada situação. Isto ocorre, novamente, como herança da escola do direito natural, agora atuando sobre o direito legislado e

mediante princípios, destarte, as leis de suma importância social e de estruturação do Estado são postas em patamar superior às demais disposições normativas.

A lei, portanto, é a fonte geradora dos direitos no sistema romano-germânico, ficando a cargo das fontes secundárias, como a doutrina e a jurisprudência, tão somente o auxílio na sua interpretação e aplicação, bem como na correção de qualquer lacuna.

Conclui-se, portanto, que para a família romano-germânica, a lei, promulgada pelo Legislador, é o fato gerador de todo o direito, não cabendo ao Poder Judiciário a criação do direito, mas, tão somente, sua aplicação.

#### **4.1.5 O sistema romano-germânico no Brasil**

Não são necessárias demasiadas explicações para se concluir que o Brasil é um país integrante da família romano-germânica. A colonização portuguesa e a influência das ordenações do reino já delineavam o caminho a ser futuramente seguido pelo direito brasileiro.

Não existe dissenso quanto ao fato das leis, no Brasil, representarem a fonte primária do direito, devendo ser respeitadas, desde sua promulgação por todos os brasileiros. O Congresso é o responsável pela sua formação e não é necessária qualquer decisão judicial posterior que reafirme ou legitime a lei já promulgada.

A separação de poderes no país segue a linha clássica de Montesquieu, segundo o qual o Executivo, o Legislativo e o Judiciário são os três Poderes do Estado, sendo independentes e autônomos uns para com os outros.

A autonomia dos poderes subsiste mesmo perante a existência de um sistema de freios e contrapesos, instituído para barrar abusos de qualquer dos Poderes. Entretanto, que não deve ser tão intenso a ponto de possibilitar a intromissão de um Poder em outro, o que arruinaria a independência e, da mesma forma, autorizaria abusos.

Também se adota no Brasil a teoria kelseniana da hierarquia normativa, acatando-se, assim, a Constituição Federal como o topo de todo o ordenamento jurídico brasileiro, sendo que todas as demais normas devem obediência aos seus princípios basilares.

Nas faculdades de direito, estuda-se a teoria do direito e há necessidade de se conhecê-la para exercer a profissão advocatícia, não bastando tão somente a prática, como possibilitam os países da common law.

A norma aplicada no Brasil é geral e abstrata, tentando se afastar ao máximo das particularidades. Não há norma baseada em casos concretos, mas sim, casos que são resolvidos mediante análise das normas preestabelecidas.

Como visto, no Brasil também é necessária a utilização dos silogismos para o alcance da resolução dos litígios, haja visto que não se pode criar o direito com base na prestação jurisdicional, sendo correta, em verdade, tão somente a aplicação da norma já firmada ao caso posto em análise.

Assim assevere-se que o Brasil pertence à família romano-germânica, sendo conseqüência imediata desta conclusão a impossibilidade da aplicação de qualquer instituto criado para os países da família da common law no país, posto que os dois sistemas, como se verá adiante, são absolutamente distintos, desde sua criação até os conceitos neles presentes.

## **4.2 O Sistema Inglês - *Common Law***

### **4.2.1 A formação do sistema**

O sistema denominado common law nasceu na Inglaterra, país que não compactuou com a renovação do direito romano, instituída na Europa Continental, tampouco se deixou influenciar pelo fenômeno da codificação das leis, importante fator de caracterização do sistema romano-germânico.

Para que se entenda a evolução deste direito na Inglaterra faz-se imprescindível o delineamento das quatro fases pelas quais passou a common law ao longo de sua formação.

Há de se salientar que toda a construção histórica da common law é de suma importância para seu estudo, haja visto que até hoje, julgamentos realizados na idade média, podem e são utilizados para a resolução das questões discutidas.

A common law, portanto, não é um direito que surge de um dia para o outro, mas sim, resultado de todo um processo judicial de formação do direito, calcado em precedentes e casos análogos, concatenados quando necessário com a equidade que, em dado momento, teve sua utilização autorizada aos juízes. É o que se verá nos tópicos adiante.

#### ***4.2.1.1 O período anglo-saxônico***

Num primeiro momento, anterior à conquista normanda (datada de 1.066 D.C.) a Inglaterra era dividida em tribos autônomas, cada qual aplicando costumes próprios para a resolução das querelas sociais postas à análise dos julgadores.

O direito nessa época é mal conhecido, não havia um direito comum a toda a Inglaterra antes da conquista normanda, mas, tão somente um direito estritamente local, calcado no entendimento de justiça tido como certo em cada tribo.

O período pode até parecer irrelevante para o estudo da common law, entretanto, o fato da Inglaterra estar dividida em tribos tão autônomas é, na verdade, a principal motivação para os normandos verem a necessidade de instituição de um direito comum à Inglaterra.

#### **4.2.1.2 Início da formação da common law**

A conquista normanda traz à Inglaterra um poder forte e concentrado, desaparecem as tribos e inicia-se um período feudal no país, é o direito comum emergindo em contraposição aos direitos tribais outrora vigentes.

Instala-se um feudalismo peculiar na Inglaterra, diferente do encontrado na Europa Continental. O conquistador normando distribuiu os feudos de modo que não existisse uma grande fração territorial nas mãos de um único Senhor Feudal. A assertiva se comprova pela edição de uma lei em 1290 que proibiu a subenfeudação, fazendo com que todos os Senhores dependessem apenas do Rei.

Tamanha era a organização do feudalismo inglês que em 1086 um documento intitulado Domesday Book fazia referência a todos os 15.000 domínios e 200.000 moradias existentes na Inglaterra à época.

Todas estas atitudes demasiadamente organizadas tinham a intenção de não deixar que o sistema de tribos independentes voltasse a vigorar na Inglaterra, fortalecendo o poder centralizado instalado no país com a ocupação normanda.

Define-se assim a common law em oposição aos costumes locais. Denota-se que o surgimento da common law também é decorrência da centralização do poder trazida pela conquista normanda. A common law era, portanto, o direito comum à toda a Inglaterra.

A criação deste direito comum, por sua vez, fora destinada aos Tribunais Reais de Justiça, também denominados de Tribunais de Westminster, criados para a resolução das questões levantadas ao redor do reino.

Todavia, Guilherme o Conquistador, que era um Rei francês na Inglaterra, para não entrar em conflito com os moradores, anglos e saxões, abriu mão do poder real e criou um julgamento pelos pares para agradar os nobres, que seriam julgados por eles mesmos e ao povo, que também receberia um tratamento semelhante. Assim, no início da conquista normanda, os litígios ainda eram levados

às jurisdições locais, que aplicavam, por sua vez, seus costumes, inclusive com o trial by jury, ou seja, o julgamento pelos pares.

A administração da justiça, por sua vez, proporcionava lucro considerável, de modo que o Rei acabou por se interessar em estender a extensão da competência dos Tribunais Reais, o que geraria maior arrecadação para o reino.

Por outro lado, os próprios particulares se interessavam na melhor capacitação dos Tribunais Reais para julgar seus casos e clamavam pelo alargamento da competência desta jurisdição, deveras superior em relação às demais.

Faz-se interessante transcrever os ensinamentos do insigne conhecedor do direito comparado, René David (1998, p. 288), sobre a superioridade dos Tribunais Reais:

Só os Tribunais Reais possuem meios efetivos para assegurar o comparecimento de testemunhas e para executar as suas decisões. Por outro lado, só o rei, com a igreja, pode obrigar os seus súditos a prestar juramento; os Tribunais Reais puderam, por isto, modernizar o seu processo e submeter o julgamento dos litígios a um júri.

Esses benefícios trazidos pelos Tribunais Reais fizeram com que os Tribunais Senhorias tivessem o mesmo fim das cortes tribais que antecederam a conquista normanda, ficando assim, apenas a cargo dos Tribunais de Westminster a função de administrar a justiça.

Não obstante a melhor capacitação dos Tribunais Reais para dirimir os conflitos do povo Inglês, não era fácil fazer uso da jurisdição real para a solução dos conflitos, o acesso a esta justiça real era dificultado pela própria coroa, que colocava obstáculos burocráticos para o cidadão que quisesse utilizá-la.

O indivíduo que quisesse ver seu caso julgado pelo Tribunal Real deveria se dirigir a um grande oficial da coroa, o Chanceler, e pedir-lhe a concessão de um *writ*, que eram as fórmulas pelas quais a jurisdição poderia ser acionada. Poderia também dirigir-se a um juiz por petição e explicar-lhe seu caso, pedindo uma análise com base na common law.

Conseguir um *writ* ou convencer um juiz a julgar um caso não era matéria simples. Pouquíssimos *writs* eram concedidos, posto que havia necessidade de uma fórmula preexistente oportuna ao deslindo do caso posto em análise.

A despeito dos *writs*, é imperioso socorrer-se mais uma vez dos ensinamentos de René David (1998, p. 289):

O processo seguido nos Tribunais Reais de Westminster varia segundo a maneira como a ação é conduzida. A cada *writ* corresponde, de fato, um dado processo que determina a seqüência dos atos a realizar, a maneira de regular certos incidentes, as possibilidades de representação das partes, as condições de admissão das provas e as modalidades de sua administração, e os meios de fazer executar a decisão. Num determinado processo certas palavras devem ser usadas para designar demandante e demandado; o emprego das mesmas palavras seria fatal em outro tipo de processo. Em certo tipo de ação socorre-se a um júri; em outros não há júri, mas admite-se a prova por compurgação (*wager of law*).

Assim sendo, é importante perceber que nesta época a *common law* era dotada de um formalismo excessivo, conferindo maior importância às regras processuais do que aos direitos substanciais, o direito inglês andava na contramão da evolução do direito da Europa Continental. Na Inglaterra vigia a regra do *Remedies Precede Rights*.

#### **4.2.1.3 O surgimento da equity**

A *common law*, dada a sua afeição por procedimentos excessivamente formalistas, estava sujeita a um perigo duplo: por um lado poderia não se desenvolver com a celeridade necessária aos anseios da época; por outro, corria o risco de ver um sistema rival se desenvolver paralelamente.

A competência extremamente restrita da *common law* pôde ser suportada enquanto existiam, ao seu lado, as jurisdições locais que eram hábeis a julgar os casos que a competência da jurisdição real não alcançava, entretanto, conforme já salientado, a própria aparência inicial de maior eficiência da *common law* fez com que estas jurisdições desaparecessem.

Com o desaparecimento dos tribunais senhoriais, viu-se a necessidade do estabelecimento de um novo instrumento para dirimir os conflitos que não poderiam, por mera formalidade, ser julgados pelos Tribunais Reais. Neste contexto, a common law assiste, inerte, o surgimento da *Equity*, também denominada Jurisdição do Chanceler.

A *Equity* surgiu de maneira peculiar. Os obstáculos trazidos pelo common law e as imperfeições do sistema davam, muitas vezes, substrato aos recursos dirigidos ao Rei. Esses recursos à autoridade real não eram anormalidades porquanto é da competência do natural do Rei resolver os conflitos de seus súditos, sobre o assunto, pede-se vênua para transcrever o comentário de René David (1997, p. 7), que com proficiência salienta:

Entravadas pelo formalismo do processo, as Cortes Reais não puderam desenvolver a common law como teria sido necessária para mantê-la em harmonia com uma concepção de justiça que evoluía com o tempo. As partes numa disputa que não tivessem acesso às Cortes Reais, ou que não pudessem obter justiça destas cortes, tinham porém uma possibilidade, dirigir-se, por uma petição, ao Rei, fonte de justiça, pois este não podia tolerar um mau funcionamento desta em seu reino.

Esses recursos passavam pelo Chanceler, este transmitia a angústia ao Rei que, por sua vez, caso entendesse necessário, decidia com seu conselho a melhor solução para a querela, o procedimento funcionou desta maneira por muito tempo.

Com a Guerra das Duas Rosas (1445 - 1485), e a longa disputa dinástica pelo trono da Inglaterra, tornou-se cada vez mais difícil para o soberano ordenar seu conselho. Assim, o Chanceler era cada vez menos um confessor do Rei e cada vez mais um juiz autônomo, ordenando em nome do Rei e do Conselho, que lhe delegaram poder para tanto.

A despeito da ascensão da *Equity* no Direito Inglês, faz-se importante transcrever os ensinamentos de Guido Fernando Silva Soares (1999, p. 34):

Por várias razões históricas, a Equity teve um desenvolvimento portentoso, em particular naqueles períodos em que o Rei, por questões de guerras internas (a ex.: a Guerra das Duas Rosas) se encontrava na impossibilidade

de reunir seu Conselho e julgar os recursos em matéria de Common Law, ganhando, assim relevância, a figura do Chanceler e se sua Justiça.

No século XVI, vigeu o absolutismo dos Tudors e, com o regime, sobrelevaram-se as prerrogativas reais. A jurisdição do Chanceler, a *Equity*, fundou-se nesta extensão de prerrogativa para aumentar o alcance de sua jurisdição. O Chanceler, a esta altura, é um jurista que julga os casos com base em normas de Direito Canônico, muito mais evoluídas do que as normas casuísticas na common law.

A *Equity*, com suas formas mais avançadas (v.g. normas aptas a ordenar o cumprimento dos contratos e não apenas a sua resolução por perdas e danos, como na common law), estava em ascensão e a common law, no século XVI, chegou perto de desaparecer. Nesta época, o Direito Inglês quase se uniu a família de direitos romano-germânica.

Entretanto, a evolução da *Equity* fora barrada por alguns fatores. Os juristas, defensores da common law, encontraram apoio no Parlamento inglês, que lutava contra o absolutismo do Rei na Inglaterra, este apoio, aliado a alguns defeitos que deteriorariam os méritos alcançados pela jurisdição da Chancelaria, impediram que o sistema tomasse o lugar da common law.

A *Equity*, além de compactuar com o absolutismo da monarquia inglesa, era má organizada, morosa e dotada de uma venalidade que impossibilitou o seu crescimento no cenário jurídico inglês. A revolução que passaria o direito inglês à família de direitos romano-germânica não se concretizou, assim, fora firmado um compromisso entre a common law e a *Equity* para que as duas jurisdições subsistissem.

Desta forma, as causas que já vinham sendo submetidas à *Equity* continuariam com a jurisdição da chancelaria, que não poderia discutir assuntos direcionados à common law. O Rei, por sua vez, jamais poderia estatuir nenhuma outra jurisdição diversa das que já existiam.

Anos depois a chamada *Equity* estava contaminada pelo mesmo formalismo da common law e a equidade não transparecia muito mais do que num julgamento do Tribunal Real inglês. A *Equity*, por conta do compromisso firmado com a common law, passou a somente atuar em casos com precedente na corte da

chancelaria. Por estas e algumas outras razões que não carecem de delongadas explicações, os Judicature Acts de 1873 e 1875 suprimiram as cortes da chancelaria, passando a ser unicamente da competência dos Tribunais Reais a aplicação da common law e da Equity, concomitantemente.

#### **4.2.1.4 O período moderno**

Verifica-se, nos séculos XIX e XX, consideráveis mudanças nos quadros da common law. O sistema, agora imbuído de um caráter mais democrático, abandona o estrito interesse pelo processo e começa a preocupar-se mais com a efetiva solução dos litígios entregues ao Poder Judiciário.

Nota-se, nessa época, enormes avanços no direito material inglês, com o surgimento de obras clarificadoras e ordenadas que, muito embora tenham a função de sistematização de suas normas, não o assemelham à família romano-germânica, pois, a legislação inglesa tem o aspecto de orientar o juiz, e não de criar o direito como no restante da Europa.

No século XX, uma corrente mais socialista começou a intervir no direito inglês visando o estabelecimento de novas bases. A busca por mudanças muito rápidas causou grande crise na common law que, com processos arcaicos de formação do direito, sofreu para se adequar às novas necessidades do povo inglês.

Foram elaboradas normas para regular as relações entre a Administração Pública e a população e, por conta dos tribunais ingleses não terem a capacidade de julgar corretamente estes casos, aliado ao excessivo aumento da demanda que as novas normas causariam aos tribunais da common law, foram criados também novos órgãos para conhecer e julgar estes litígios.

Atualmente, verifica-se um novo movimento interferindo no direito inglês que visa a sua aproximação ao sistema romano-germânico. Entretanto, desta vez a aproximação não se fará ao acaso, tampouco pelo surgimento de uma jurisdição paralela na Inglaterra, o motivo desta tentativa de aproximação relaciona-

se com o mercado internacional, que traz a necessidade dos países conhecerem cada vez mais o direito alheio.

Há conjecturas no sentido de que a formação da União Européia e a participação da Inglaterra neste bloco econômico aumentem o desejo de aproximação destes direitos, entretanto, a junção não é tão simples quanto se deseja, o mais provável é que o direito inglês vença mais esta tentação e permaneça com a common law como sua única fonte de justiça. Não será a primeira vez, conforme já demonstrado, que a common law triunfará ante as críticas dos que pouco dela conhecem.

#### **4.2.2 As principais características do sistema**

Durante muito tempo, estudiosos do direito afirmaram categoricamente que a principal distinção entre a common law e o sistema romano-germânico estava ligada à fonte precípua de direitos que é verificada em cada um dos sistemas, ou seja, a jurisprudência para a common law e a lei para o sistema romano-germânico.

Todavia, a diferença não é tão simples, se assim fosse, talvez a common law já tivesse sucumbido às tentativas de mudança do sistema, ou os países que dão cada vez mais importância para o entendimento jurisprudencial (*v.g.* no Brasil a instituição do sistema de súmulas vinculantes e a previsão legal da súmula impeditiva de recursos) estariam, de alguma forma, migrando para o sistema da common law.

A par da diferença fundamental e precípua destes dois sistemas jurídicos, são verificadas peculiaridades em suas próprias estruturas, formadas com bases calcadas nos costumes próprios dos povos que lhes formaram.

Entenda-se que a estrutura do direito de cada país já se demonstra nos próprios conceitos de seus institutos, por exemplo, no sistema romano-germânico, o *casamento*, por mais que sejam mudadas as suas regras, será sempre o *casamento*, do mesmo modo o *contrato* e a *herança*. Explicando melhor, por mais que as regras atinentes a cada um destes institutos se alterem, elas sempre estarão

dispostas no mesmo lugar nas obras jurídicas, e terão institutos equivalentes nos demais países do direito romanístico.

Entretanto, o mesmo não ocorre se o país comparado for da família da common law, que comporta institutos que não admitem comparação com o direito romano-germânico e, nem mesmo, tradução na língua destes países, *v.g.* “*trust*”, “*bailment*”, “*trespass*”, dentre outros.

Um bom exemplo a ser demonstrado, no tocante a sobredita distinção, é verificado quando se analisa o instituto denominado *trust* no direito inglês. Este conceito é de noção fundamental neste direito e a principal criação da *equity*. Por ele, através de acordo, uma pessoa constituinte do *trust* determina que um ou vários bens sejam administrados por outra pessoa ou grupo (os trustees) no interesse de uma ou várias pessoas (denominadas de *cestuis que trust*).

O *trust* é utilizado com muita freqüência na Inglaterra por estender sua atuação à diversas situações fáticas, como a proteção de incapazes, de mulheres casadas, de liquidação de patrimônio hereditário e, até mesmo no direito societário, que usa o acordo para operações internacionais.

O jurista do sistema romano-germânico, ao se deparar com o *trust*, se arriscaria a comparar o *trustee* com um curador dos interesses de terceiros, indicando estes como os verdadeiros proprietários dos bens que constituíram o *trust*.

Ledo engano, o *trust* não é, assim como a maioria dos institutos da common law, comparável à seara do sistema romano-germânico. Pela common law, o *trustee* não é mero administrador dos bens constituídos para o *trust*, mas sim, proprietário dos mesmos, administrando-os como bem entender, sem obrigação de prestar contas a ninguém.

Outrossim, a propriedade que o *trustee* tem dos bens assim instituídos não encontra qualquer limitação de ordem jurídica, mas sim, de ordem moral. Ele deve administrar os bens como o pai de família administra seu lar, em benefício de seus dependentes. O *trustee* deve transferir os lucros auferidos pelos bens instituídos às pessoas designadas pelo constituinte do *trust*. Entretanto, para o desespero do jurista familiarizado ao sistema romano-germânico, não existe qualquer ação na common law voltada a compeli-lo ao cumprimento desta obrigação.

Os Tribunais de Equity, entretanto, tinham capacidade de fazer com que o *trustee* cumprisse com sua obrigação para com os *cestuis que trust*, mesmo que houvesse necessidade de sub-rogação aos bens do *trustee*, a fim de que seu patrimônio respondesse pelas obrigações constituídas em *trust*.

Outra diferença interessante que ajuda na definição das características da common law é que, enquanto no sistema romano-germânico, o primeiro grande tema desenvolvido no seu estudo é a diferenciação entre o direito público e o direito privado, no direito inglês, o ponto mais importante para o jurista é estabelecer a adequação da common law ou da equity para a resolução de determinada querela.

Ademais as normas da família romano-germânica são elaboradas lógica e sistematicamente, esforço destinado à facilitação de seu conhecimento. Já o direito inglês jamais teve grande preocupação com a sistematização de suas normas, na verdade, fora elaborado com preocupação no processo necessário à resolução de casos práticos.

Aliás, a prática jurídica é de sobejá importância para o conhecimento do direito inglês. No continente, os juristas conhecem e aprendem o direito nas universidades, com o estudo do direito romano e dos códigos preestabelecidos que dizem do direito, ao passo que na Inglaterra os juristas conhecem o direito na prática, com preocupações voltadas para o processo e a prova dos fatos.

Por esta razão, muitos juristas ingleses não têm formação em direito e, quando é obrigatória a licenciatura para se tornar advogado, esta mesma pode ser proveniente de qualquer curso, e não apenas de direito.

A grande característica do direito inglês é, portanto, ser um direito de práticos e processualistas. O bom jurista inglês é um juiz saído da fileira dos práticos, e não o professor universitário, como é no direito romano-germânico.

Isto porque, num processo deveras formalista, como é o inglês, o maior problema do prático não é convencer o juízo de seu melhor direito, mas sim, conseguir fazer o processo chegar até o chamado *the day in court*, ocasião em que será julgado por um júri pouco técnico e muito emotivo.

Neste sentido, é pela insuficiência técnica deste júri que se explica a grande preocupação do processo inglês com a perfeita prova dos fatos articulados. A demanda carecia chegar muito bem instruída para uma melhor apreciação dos

jurados, posto que de nada adiantaria levantar teorias demasiadamente complexas para um júri popular, ao contrário, o que interessava o júri era a prova do alegado.

A maior preocupação do direito inglês com o processo, em contraposição ao sistema romano-germânico também tem explicação histórica. O direito do continente europeu foi constituído com base nos estudos de direito romano que sempre buscou a justiça para o povo em geral como forma de oposição ao absolutismo dos soberanos. Já na Inglaterra, a instituição da common law tinha como finalidade a formação de um direito comum, bem como a unificação do reino em detrimento do direito local aplicada em cada uma das tribos inglesas.

Assim, quando da invasão normanda, não existiam direitos comuns na Inglaterra, tampouco qualquer consenso sobre as bases axiológicas para a sua formação, portanto, cabia aos Tribunais Reais a busca e a instituição dos direitos do reino.

Atualmente, dada a já aduzida modernização pela qual passa o processo inglês, é de se ressaltar que o júri vem sendo cada vez menos utilizado na resolução dos litígios, em matéria civil, por exemplo, sua aplicação é excepcional, outrossim, é cada vez maior o número de juristas ingleses que freqüentam as universidades de direito.

Outra importante característica do direito inglês está ligada a concepção de regra de direito (*legal rule*) presente no sistema e que, em hipótese alguma, poderia ser traduzida para a língua de qualquer país de direito romanístico como a regra de direito neles concebida.

Para realizar a diferenciação dos termos ante aos dois sistemas em discussão, mister se faz ressaltar a origem do direito em cada um deles. Sendo que o direito decorre da apreciação pretoriana nos países do direito inglês, e decorre da lei nos países de direito romanístico.

Neste sentido, fica fácil de se constatar que a regra de direito, para o sistema romano-germânico, perfaz o conjunto de leis que regulamentam toda a vida em sociedade, leis estas editadas por pessoas escolhidas pelo povo para formar o Poder Legislativo, assim, uma única norma, geral e abstrata, regulamenta várias relações jurídicas.

A *legal rule* inglesa, por sua vez, é formada pelo próprio Poder Judiciário, em nível concreto, dotada de normas estabelecidas para regular as relações levadas a juízo pelas partes. Não sendo possível elevar esta formação de direito ao nível abstrato sem deformar profundamente o direito inglês.

Há de se salientar que a técnica utilizada para resolução de litígios do direito inglês não é a interpretação e aplicação de regras gerais e preestabelecidas que incidam sobre os casos apresentados ao juízo, mas sim, o descobrimento, com base na busca de julgamentos precedentes, de uma *legal rule*, ainda que nova, aplicável ao caso discutido.

Para o jurista inglês, cada nova situação deve corresponder a uma nova *legal rule*. Assim, *legal rule* inglesa é muito mais restrita que a regra legal do direito romanístico e sua concepção está intimamente ligada à evolução histórica da common law, constituída por obra dos juízes.

Esta diferente concepção de regra de direito na common law é de suma importância para o estudo ora apresentado porquanto demonstra que a técnica legislativa, consubstanciada na preexistência de uma norma geral e abstrata, é demasiadamente anormal e inaplicável à common law.

Por mais que o legislador do direito inglês tenha intenção de formular normas casuísticas e concretas, estas normas somente serão válidas perante o sistema quando reafirmadas, ou até mesmo modificadas, pelos juízes, satisfazendo a condição de precedentes jurisprudências de formação da common law.

Assim, mesmo os países da common law que fazem uso de códigos, (como Estados Unidos da América e Índia), não vêm na Lei a base de seu direito, cabendo sempre aos juízes reafirmá-las, somente assim poderão espriar seus efeitos à sociedade.

Por esta razão, viu-se um enorme entrave nos países com tradição de common law quando a lei se tornou o instrumento pelo qual se procurou transformar a sociedade, porquanto as normas revolucionárias encontravam na obrigatoriedade de sua apreciação, interpretação e aplicação ao caso concreto pelo judiciário, barreiras intransponíveis para proceder as mudanças almejadas com a necessária celeridade.

### 4.2.3 Criação e revogação de Direitos na common law

Diferentemente do que ocorre no direito romanístico, observa-se no direito inglês que jurisprudência faz as vezes de fonte primária do direito, razão pela qual, faz-se necessário conhecer da estrutura processual da common law para se descobrir como ocorre a formação do direito neste sistema.

Na common law observa-se uma importante distinção entre a “alta justiça” administrada por Tribunais Superiores, e a “baixa justiça”, constituída por uma série de jurisdições inferiores e organismos “quase judiciários” como, por exemplo, as jurisdições dotadas de competência para julgar matéria administrativa.

Aos sobreditos Tribunais Superiores, além da função de julgar os litígios, fica reservada a formação de precedentes, ou seja, julgamentos que devem ser seguidos futuramente e que formarão a common law.

Neste ponto, percebe-se claramente o abismo que distancia a common law do sistema romano-germânico, uma vez que, ao passo que neste sistema a jurisprudência tem a simples função de nortear o juiz quando de um julgamento, naquele o precedente é efetivamente um direito, não podendo ser contrariado futuramente.

Assim, a common law é um direito jurisprudencial. A função da jurisprudência neste sistema jurídico não é interpretar a lei, mas sim, criar as regras de conduta que regerão a sociedade. Este papel peculiar e importantíssimo da jurisprudência no direito inglês não é absurdo ou ilógico, é, na verdade, conseqüência de sua evolução histórica.

Portanto, vê-se na obrigatoriedade dos juízes respeitarem as decisões proferidas anteriormente decorrência lógica do sistema jurisprudencial de formação do direito instituído pela common law.

Para se chegar à formação dos precedentes no direito inglês, o juiz deve fazer uma análise retida dos comentários das decisões anteriormente proferidas, separando as declarações intrinsecamente relacionadas ao caso

debatido, das declarações que foram prolatadas unicamente como forma de persuasão e que não se relacionam com o caso telado na ação.

As declarações relacionadas ao caso formarão o precedente e obrigarão os juízes que julgarão os casos futuros a seguirem suas regras; as declarações utilizadas apenas como meio de persuasão terão a mesma função da jurisprudência no sistema romano-germânico, qual seja, apenas guiar os juízes, sem vinculá-los a que foi proferido pelo tribunal.

Na Inglaterra, a lei é vista como fonte secundária do direito. A teoria clássica da lei neste país vê a norma legislada com a função subsidiária de acoplar uma série de correções e adjunções ao corpo jurídico principal, qual seja, a gama de decisões precedentes.

As leis são criadas pelo parlamento inglês, razão pela qual merecem respeito, entretanto, para o direito inglês, a elas cabe somente a função de trazer exceções às regras impostas pelos precedentes jurisprudenciais, devendo ser interpretadas sempre de maneira restritiva.

A lei não é peça estranha ao ordenamento jurídico inglês, os juízes certamente a aplicarão, mas seu conteúdo somente terá efetividade após o pronunciamento jurisprudencial que a confirme, assim, o juiz nunca citará a lei, mas sim a decisão precedente que a confirme no ordenamento jurídico.

Confunde, portanto, o jurista do sistema romano-germânico esta maneira de se criar o direito pela via do Poder Judiciário, parecendo injusto, aos olhos destes juristas, que o mesmo judiciários crie as normas e posteriormente as aplique.

Entretanto, ao se avaliar os estudos do filósofo John Locke, chega-se a conclusão de que, a diferença entre a Inglaterra e os demais países do continente europeu é observada já na estruturação de Poderes. Para Locke, os Poderes Judiciário e Legislativo eram, em verdade, um só Poder com duas faces.

O filósofo acreditava que Legislativo e Judiciário tivessem o mesmo fim, qual seja, o estabelecimento das regras de convivência para os membros da sociedade, portanto, não haveria razão para separá-los como Poderes distintos.

Logo, percebe-se que a diferença não é apenas teórica ou terminológica. O sistema romano germânico e a common law são distintos já pelas suas raízes, pela formação diferenciada que cada um destes sistemas teve ao longo de sua história.

Portanto, pelas afirmativas expostas neste capítulo, conclui-se que o direito, na common law, forma-se pela decisão judicial sobre casos apreciados pelo poder judiciário, sendo esta a fonte precípua do direito inglês.

#### **4.2.4 A common law nos Estados Unidos da América**

Faz-se mister, para total esgotamento do tema proposto neste capítulo, tecer algumas considerações a despeito da filiação dos Estados Unidos da América à família da common law, posto que o ponto nodal do presente trabalho cinge-se à previsão, no ordenamento jurídico brasileiro, de um sistema de controle de constitucionalidade instituído naquele país.

A priori, cumpre asseverar que a colonização inglesa na América é o fator primordial da recepção, nos Estados Unidos, da common law inglesa, muito embora alguns estados como a Louisiana tenham um sistema diferente, uma vez que era colônia francesa e acabou por optar pela manutenção do sistema romano-germânico.

A colonização inglesa na América tem seus primeiros sinais históricos constatados no início do século XVII, mais precisamente no ano de 1607, quando se estabeleceu, no novo continente, a colônia inglesa da Virgínia, cujo nome é uma homenagem à rainha Elizabeth I, que na época era conhecida também como Rainha Virgem, e que concedeu a permissão a Sir. Walter Raleigh para iniciar com antecedência as expedições até a América.

Com o início desta colonização, julgamentos na Inglaterra passaram a determinar que a common law deveria ser aplicada aos ingleses, quando estes estivessem fora de seu país e em territórios que não eram dotados de nações civilizadas.

Entretanto, num primeiro momento, a aplicação da common law no território americano não foi possível e a explicação não demanda delongadas explanações. A terra descoberta não contava ainda com juristas, essenciais à aplicação do direito pragmático vigente na Inglaterra, outrossim, é de se imaginar que não havia juristas ingleses dispostos a desbravar o novo mundo para estabelecer ali a common law.

De outra parte, muitos colonos haviam deixado a Inglaterra por estarem sendo perseguidos e, conseqüentemente, não vislumbravam na common law o baluarte da liberdade assim como a viam os juristas ingleses.

Como visto, não eram poucos os obstáculos que impediam, naquela época, a aplicação da common law na América. Com tal impossibilidade, acabou por se aplicar nas colônias inglesas estabelecidas em território americano um direito primitivo e irracional, muitas vezes calcado na Bíblia, que redundava na abertura de espaço para o exercício de um poder arbitrário dos juízes.

Em contraposição às arbitrariedades cometidas pelos julgadores estadunidenses, dá-se início a um processo deveras arcaico de codificação, que em nada se assemelha ao dos códigos franceses. Os colonos vêm nesta época, a lei como um instrumento de auto-afirmação do povo e oposição ao absolutismo, diferentemente do que se entendia na Inglaterra, onde se vê na lei, o pleno exercício da arbitrariedade.

Todavia, com a evolução cultural dos colonos e o crescimento expressivo do mercado nos Estados Unidos, denotou-se a necessidade de implantação de um sistema jurídico mais moderno e apto para à resolução dos conflitos cada vez mais complexos da população norte-americana.

A grande presença de ingleses no território estadunidense, imprimindo a forte influência dos costumes daquele povo ao restante da população, interfere no senso crítico do povo que passa a ver a common law como um instrumento de defesa das liberdades públicas.

Ademais, a instalação da common law na América aproximaria o novo continente à Inglaterra, que seria uma aliada importante na defesa do território Americano frente às ameaças francesas do Canadá e da Louisiana. Passa-se assim a aceitar o sistema da common law na América.

No entanto, com a anexação do Canadá à Inglaterra em 1763, a França deixa de ser uma ameaça para os Estados Unidos e, na verdade, passa a aliá-los na luta pela independência americana contra a Inglaterra.

Com a independência adquirida em 1776, o povo percebeu a necessidade de se formar um direito americano igualmente autônomo perante a Inglaterra. A edição de sua constituição escrita parecia levar o direito dos Estados Unidos ao mesmo rumo do direito francês: a codificação.

Após a edição da constituição americana, difundiu-se pelo território do país um intenso movimento buscando a adoção do sistema romano-germânico no país. Diversos estados da federação passam a adotar códigos. Alguns julgamentos proibiram a citação de jurisprudência inglesa proferida após o ano de 1776.

O sistema romano-germânico, por sua vez, não era aceito por todos os americanos, de modo que também foram percebidos movimentos no sentido de que a common law se estabelecesse de vez no território americano.

Por conta destes movimentos, até a metade do século XIX não se podia prever o desfecho da luta travada entre a common law e o sistema romano-germânico nos Estados Unidos.

Por fim, o povoamento originário, a língua e os costumes do povo que colonizou os Estados Unidos da América falaram mais alto. O país finalmente adota o sistema da common law e, igualmente à Inglaterra, passa definitivamente a formar seu direito com base na jurisprudência.

Mas a guerra travada entre a common law e o sistema romano-germânico nos Estados Unidos não terminou sem deixar algumas seqüelas no direito americano, onde a lei tem um papel mais importante do que na Inglaterra, entretanto, não deixando espaço para se afirmar que o direito aplicado atualmente nos Estados Unidos não seja proveniente da jurisprudência.

De outra parte, insta asseverar que o sistema jurídico existente na América dificilmente seria idêntico ao sistema estabelecido na Inglaterra. Esta simbiose plena é impossibilitada por diversas razões, podendo-se elencar, de plano, as características governamentais americanas que, em contraposição à monarquia parlamentarista unitária inglesa, mostra-se na forma de república, presidencialista e federalista.

Sobre o tema, Guido Fernando Silva Soares (1999, p. 59) traz outros exemplos:

No que concerne, ainda, às ligações da Inglaterra com os EUA, importa observar que a adaptação e recepção da *Common Law* inglesa nos EUA não se fizeram de maneira automática. As realidades de um país do Novo Mundo, com as extensões continentais dos EUA, não poderiam permitir a recepção de institutos concebidos para uma sociedade cercada de água por todos os lados e profundamente enraizados numa mundivisão feudal, como é o caso do direito agrário (*land law*); por tais razões, os institutos como a primogenitura, que é a base do sistema hereditário na Inglaterra, nunca tiveram qualquer aceitação nos EUA.

Por outro lado, o federalismo existente nos Estados Unidos, inovação deste país e que é explicado pela colonização descentralizada que a Inglaterra estabeleceu no novo mundo, impede que a *common law* seja praticada de maneira uniforme em toda a federação. Neste sentido pode-se citar o fato do estado de Louisiana não ter se filiado à *common law*, e sim, ter seu direito baseado nas codificações sistematizadas do sistema romano-germânico.

Neste ponto, observa-se uma importante diferença entre a *common law* inglesa e a *common law* norte-americana: nos Estados Unidos da América não existe *common law* federal, mas sim, uma *common law* para cada Estado da federação.

Assim sendo, cada um dos estados da federação julga os casos que lhes são entregues de acordo com a jurisprudência formada nos seus tribunais. Embora na prática os casos idênticos sempre tenham um julgamento semelhante, poder-se-ia facilmente julgar de maneira diferente, baseando-se na jurisprudência, os casos idênticos já julgados em outros estados.

A despeito das distinções existentes na *common law* aplicada em cada um destes países, com as explanações até aqui delineadas chega-se a conclusão de que os Estados Unidos da América estão imbuídos no sistema da *common law*, vez que o direito formado nesta nação, tal como o direito inglês, é calcado na jurisprudência de seus tribunais. Não restando dúvidas sobre a semelhança destes dois países no tocante ao processo de formação e extinção de direitos.

## 5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

### 5.1 Introdução

Ao contrário das declarações de direitos que apresentam gerações ou dimensões como preconiza Norberto Bobbio, o constitucionalismo apresenta momentos diferentes, passando por diversas fases ao longo de sua evolução, entretanto, três momentos de grande importância podem ser citados quando se estuda a história deste importante fenômeno.

Numa primeira fase do constitucionalismo, tem-se a Constituição como um dado fático, a união de pactos e costumes formalizados de maneira esparsa e que não chegam a formar um direito específico ou superior àquele de delimita e rege as relações entre particulares.

Com as revoluções do século XVIII, estabeleceu-se a primazia da razão em torno do direito e da estruturação do Estado, destarte, abandonam-se os dogmas que asseguravam o poder aos soberanos da Idade Média e fica estabelecido o Estado Liberal, cuja intervenção na vida dos cidadãos era mínima.

A idéia liberal que defendia a crença da capacidade do direito de reger a política e limitar os poderes do Estado por meio da Constituição é a característica desta segunda fase do constitucionalismo, sobre o assunto, ensina Cezar Saldanha Souza Filho (2002, p. 104) que:

Nessa segunda fase, a Constituição já é direito, mas é, ainda, um direito político, não um direito plenamente jurídico. Com isso se quer dizer duas coisas. Primeiro e principalmente, que a constituição, embora direito, carece de força normativa própria, carece de instrumentação, carece de uma jurisdição, que assegure a sua eficácia jurídica. A produção dos efeitos esperados das normas constitucionais dependia, basicamente, do fair play, do cavalheirismo e da boa vontade, dos protagonistas e das forças políticas envolvidas. E, segundo, decorrência da anterior, a constituição era simplesmente a lei da vida política em sentido estrito, não um sobre-direito, não a lei suprema de todo o ordenamento jurídico.

A terceira fase do constitucionalismo surge com o pensamento do jurista austríaco Hans Kelsen e baseada em sua “*Teoria Pura do Direito*”, na qual nasce o conceito da hierarquia normativa, baseado num ordenamento jurídico estabelecido em forma de pirâmide com a Constituição Federal no topo deste ordenamento.

Portanto, afigura-se incontestável o fato de a Constituição, desde as revoluções setecentistas, representar o baluarte das garantias individuais e instrumento de defesa do cidadão contra quaisquer abusos dos poderes públicos.

Outrossim, hodiernamente não se levantam dúvidas quanto ao seu papel de topo da cadeia normativa da maioria dos Estados modernos e documento de instituição e regimento da vida política das nações por ela regidas.

Todavia, não obstante estas importantes características do texto constitucional, sua defesa data tão somente do final do século XIX com a primeira decisão judicial que, nos Estados Unidos da América, reconheceu possibilidade de se controlar leis e atos normativos perante a Constituição.

O controle de constitucionalidade das leis, que teve sua primeira aparição por intermédio de uma determinada decisão prolatada pela Suprema Corte americana, somente teve sua importância notada pelos demais países do mundo com a publicidade das atrocidades, legitimadas por Lei, que foram praticadas na Segunda Grande Guerra Mundial.

Há de se salientar que cada país instituiu um determinado controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos. Atualmente, poucos são os países que deixam, com base na sacralização da lei ou do parlamento, de exercer qualquer controle sobre suas leis ou atos normativos.

O fato que não se discute é que, todo país que se considera uma democracia, deve ter um instrumento apto a assegurar o controle de constitucionalidade das normas, posto que a Constituição é o documento que assegura a participação popular na vida política de um país.

Nos tópicos subseqüentes serão conhecidas e avaliadas as principais formas de se exercer o Controle de Constitucionalidade, desde já aduzindo que o

controle do Brasil tem alguns inconvenientes que serão apresentados na conclusão deste trabalho.

## **5.2 O Controle nos EUA: Fenômeno da Common Law**

Este fenômeno, denominado controle de constitucionalidade, teve sua afirmação histórica nos Estados Unidos da América, que conferiram à sua Constituição, valor normativo superior e imune às leis ordinárias, defendendo a Lei Fundamental das afrontas de leis inferiores.

Nos Estados Unidos verifica-se um fenômeno demasiadamente interessante ao constitucionalismo, sua Constituição não surge tão somente como uma carta que prevê direitos e garantias aos cidadãos, mas também, como o próprio ato de criação e independência do Estado.

Desta maneira, percebe-se facilmente a importância da Constituição nos Estados Unidos da América que, apesar de ser um documento estranho às concepções da common law, recebe a proteção dos órgãos jurisdicionais do país quando é atacada por ato do Poder Legislativo ou da Administração Pública.

O controle instituído nos EUA é denominado de controle difuso, porquanto utiliza a via jurisdicional para estabelecer a proteção da Constituição perante os atos atentatórios, permitindo que qualquer juiz ou tribunal declare a nulidade de uma norma.

Tal atitude era absolutamente contrária à idéia de soberania do Parlamento alimentada pela Inglaterra e que garantia ao Poder Legislativo o total controle da constitucionalidade das leis, é o que explica Oswaldo Luiz Palu (2001, p. 107), observe:

Segundo a teoria corrente no direito constitucional inglês, o Parlamento é quem exercita o poder supremo e, por conseguinte, se também os seus atos vão de encontro à Constituição continuam válidos e valem como modificações ou emendas à ela.

Desta forma, apesar de não se vislumbrar um controle externo de constitucionalidade das leis na Inglaterra, os Estados Unidos estabeleceram o uso deste controle, fato obviamente explicado pelas já delineadas distinções do direito aplicado nos EUA em relação ao direito inglês.

A rigor, o modelo difuso de constitucionalidade obedece piamente aos princípios preconizados no sistema da common law, conferindo ao órgão jurisdicional, a competência para dirimir questões relativas aos direitos dos cidadãos.

A primeira aplicação do controle de constitucionalidade ocorreu nos Estados Unidos da América, no célebre caso *Marbury x Madison*, julgado pelo juiz Marchall. A demanda objetivava a concessão de um *mandamours* contra o Secretário de Governo Madison, que negou à Marbury a posse de determinado cargo legalmente conferido.

Os fatos se deram da seguinte maneira: Derrotados nas eleições, os Federalistas somente poderiam manter algum poder criando e distribuindo cargos do Poder Judiciários a outros co-partidários. Dentre os beneficiários destes cargos distribuídos nas últimas horas do mandato de Adams, chamados jocosamente de *juízes da meia noite*, estava o cidadão Marbury, que havia sido nomeado legalmente para ocupar o cargo de Juiz de paz do distrito de Columbia, cargo este que, dado o momento em que foi conferido, somente poderia ser assumido após a posse do novo presidente, Jefferson.

Ocorre que, obedecendo à instrução deste novo Presidente, Madison, nomeado por ele para o cargo de Secretário de Governo, negou a posse do cargo para Marbury que, por sua vez, intentou *mandamours* contra Madison e o litígio foi levado ao Poder Judiciário.

Na época, os jornais e o congresso atacaram violentamente a corte, inclusive ameaçando os juízes de impeachment caso aplicassem os princípios da *common law* à Constituição. O caso tinha caráter muito mais político do que propriamente jurídico e, conceder o *mandamours* ao requerente equivaleria ao Judiciário adentrar na esfera do Poder do Executivo sem respaldo constitucional para tanto, isso sem contar que o Executivo jamais cumpriria tal ordem.

De outra forma, negar a concessão do *writ* afirmando unicamente que fugia à jurisdição da corte avaliar em caráter ordinário o *mandamours*, por mais que

tal atitude tivesse embasamento constitucional, equivaleria à sujeição pública por parte do Judiciário ao Executivo americano.

A corte, numa atitude criativa, encontrou uma forma para dissimular o recuo inevitável. Invertendo a ordem do julgamento das questões preliminares, o juiz Marchall entendeu ilegal, de acordo com os princípios da *common law* o ato de Madison, bem como afirmou que o remédio para corrigir tal atitude seria o *mandamous*, pelo qual Madison poderia ser compelido a conceder o cargo a Marbury. Entretanto, não poderia ser concedido o *writ*, porquanto, a corte também reconheceu que, constitucionalmente, não era competente para debater originariamente sobre o *mandamous*, vez que a Constituição dos Estados Unidos previa que o Supremo Tribunal era, de fato, um Tribunal de recurso, não sendo possível, portanto, o ingresso do *mandamous* diretamente ao Tribunal. Era, conseqüentemente, inconstitucional o artigo 13 da lei que atribuía à corte esta competência, sendo declarado nulo naquela ocasião.

A decisão, como já estudado, criou o precedente que possibilitou aos juízes americanos, a partir daquela data, declararem nulas as normas infraconstitucionais que contrariassem os preceitos elencados na Constituição americana. Assim, de maneira pragmática como tudo na *common law*, surge o controle de constitucionalidade estadunidense.

Neste tipo de sistema, qualquer juiz ou tribunal, independentemente de sua instância, pode realizar o controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, declarar a nulidade de leis ou atos normativos impugnados se estes contrariarem preceito constitucional.

O objetivo principal da ação, neste caso, não é a obtenção de declaração de inconstitucionalidade da norma, contudo, esta declaração torna-se obrigatória, porquanto sem o julgamento da questão relativa à constitucionalidade da lei levantada no processo, fica impossibilitado o julgamento do mérito da ação.

Exercendo este controle, o Poder Judiciário deixa de aplicar a lei ao caso concreto e declara a sua inconstitucionalidade. No caso da *common law*, quando esta decisão, mediante recursos, chega ao Supremo Tribunal, a decisão passa a ter efeito geral e vinculante, dadas as já aduzidas características de formação e extinção do direito presenciadas neste sistema jurídico.

Eis o problema da aplicação do controle de constitucionalidade difuso no sistema jurídico romano-germânico e, conseqüentemente no Brasil, conforme adiante se demonstrará.

O controle de constitucionalidade estadunidense nasceu para os países da família da common law, pois, somente neles uma decisão judicial tem força para declarar nula uma lei, ato político da soberania popular e, em tese, intocável no sistema jurídico romano-germânico.

Portanto, o controle de constitucionalidade estadunidense, por ter sua criação num país da common law que por razões institucionais de auto-afirmação do Estado sobreleva uma norma escrita à soberania a ponto de dar-lhe proteção absoluta, não é apto a dirimir conflitos de ordem constitucional nos países do sistema romano-germânico.

Entretanto, sob o aspecto da legitimidade do controle de constitucionalidade estadunidense, não há razão pra julgá-lo incongruente sob a alegação de que o Poder Judiciário invadiria, neste sistema, o âmbito do Poder Legislativo ao declarar a nulidade de norma perfeitamente criada por este Poder.

A alegação não tem qualquer fundamento. Lembre-se que o direito comparado não existe para estabelecer o certo e o errado entre as instituições jurídicas de diferentes nações, mas sim, tem a finalidade de permitir o estudo e propiciar o entendimento do direito aplicado nos demais países.

O fato dos Estados Unidos serem um país participante da família da common law dá legitimidade ao sistema de controle de constitucionalidade lá criado. Como já estudado neste trabalho, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário dos Estados Unidos se confundem na competência de criar e extinguir os direitos de seus cidadãos.

Fora visto também que, naquele sistema, a validade de uma lei criada pelo Legislativo, somente tem o reconhecimento e validade após julgamento pelo Poder Judiciário, num caso concreto, dando-lhe validade.

Desta maneira, é perfeitamente legítimo o controle de constitucionalidade difuso neste sistema jurídico, salientando que este controle, somente não é praticado na Inglaterra, pela já aduzida supremacia do Parlamento inglês.

Portanto, não cabe ao jurista do sistema romanístico julgar a legitimidade do controle de constitucionalidade estadunidense, nem, de outra parte, querer adequá-lo aos países filiados ao sistema romano-germânico, a simbiose entre estes dois sistemas, como adiante se concluirá, é impossível.

### **5.3 O Controle no Sistema Romano-Germânico: Tribunal Constitucional**

Como tudo no sistema romano-germânico nasce de teorias assaz complexas e fundadas em estudos que envolvem toda a cadeia jurídica dos países em que o instituto a ser criado terá sua vigência, pede-se vênia para se estender um pouco mais no estudo do controle de constitucionalidade instituído para este tipo de sistema jurídico.

Tendo o Estado, a partir da terceira fase do constitucionalismo, reconhecido a característica de sobredireito da norma constitucional, colocando-a no ápice do ordenamento jurídico, passou a ser necessário um mecanismo apto a garantir a defesa desta supremacia, é o que explica Cezar Saldanha Souza Júnior (2002, p. 105), observe:

A imaginação criadora acabou encontrando os meios institucionais para conferir ao direito constitucional força normativa. A peça-chave específica, até então desconhecida e que faltava, veio a denominar-se Tribunal Constitucional.

Desta maneira, abstrai-se que nos países de origem romano-germânica, o controle de constitucionalidade somente surge com a crença na superioridade da Constituição, trazida à baila pela Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

Em que pese a criação do Tribunal Constitucional ter se dado no início do século XX, mais precisamente com os projetos para a Constituição austríaca de 1920, a corte somente foi implantada com êxito em toda a Europa após a Segunda Grande Guerra Mundial.

Insta explicar que, antes mesmo do início dos trabalhos e dos estudos que desaguaram na criação dos Tribunais Constitucionais, havia discussões na Europa a respeito da inserção do controle de constitucionalidade estadunidense em seus ordenamentos jurídicos.

Muitos países europeus chegaram a se deixar tentar pela a possibilidade da utilização, em seus ordenamentos jurídicos, do sistema de controle de constitucionalidade criado nos Estados Unidos no fim do século XIX.

Todavia, a implementação deste inovador sistema de controle de constitucionalidade fracassou pelas grandes discrepâncias existentes entre o sistema romano-germânico e a common law, razão pela qual, a idéia fora abandonada.

Dentre as idiosincrasias apresentadas pelos países do sistema romano-germânico, cumpre enumerar algumas que tornaram inaplicável o sistema estadunidense de controle de constitucionalidade na Europa.

A primeira destas peculiaridades provém da filosofia de Rousseau que precedeu a Revolução de 1789. Trata-se da sacralização da lei, dogma criado pelo insigne filósofo e que raramente foi posto à prova ao longo dos anos.

A despeito da sacralização da lei, cumpre transcrever trecho da ilustre obra de Jean-Jacques Rousseau (2002, p. 46) e observar a conclusão a que o filósofo chega a respeito da precisão do legislador:

O povo quer de si mesmo sempre o bem, mas nem sempre o vê por si mesmo; a vontade geral é sempre reta, mas não é sempre claro o raciocínio que a dirige; cumpre mostrar-lhe os objetos como eles são, as vezes tais como lhe deveriam parecer, apontar-lhe o caminho certo que procura, defende-la da sedução das vontades particulares, aproximar a seus olhos os lugares e tempos, contrabalancear os atrativos das vontades presentes e sensíveis com o perigo dos males remotos e ocultos. Os particulares vêem o bem que rejeitam, o público quer o bem que não vê, todos carecem igualmente de guias; cumpre obrigar um a conformar sua vontade com a razão, cumpre ensinar ao outro conhecer o que quer. No corpo social as luzes do público unem então o entendimento à vontade, daí o exato concurso das partes, e enfim a maior força do todo; eis donde nasce a precisão do legislador.

Nota-se que o povo europeu via na lei e no legislador a infalibilidade dos deuses. Não poderiam acreditar que a lei, como vontade geral do povo, pudesse

ser maculada de vontades particulares e estranhas à finalidade estatal, tampouco que o legislador deixasse esta vontade particular se transformar em lei.

Do mesmo modo que a Constituição era soberana nos Estados Unidos, a lei o era na Europa, daí o primeiro fator que impossibilitou a instituição do controle de constitucionalidade estadunidense nos países europeus.

Outro fator que representou um óbice à implementação do controle estadunidense na Europa foi o fato do juiz ordinário europeu não ser capacitado para a resolução das causas constitucionais, pois, como juiz de carreira, não era dotado de criatividade bastante para assumir esta função.

O juiz europeu não tinha investidura democrática como o juiz estadunidense e também sofrera com penas impostas quando, ao longo da história, ousou travar batalhas com os demais Poderes dos Estados. O juiz europeu, portanto, não poderia ser sempre imparcial no julgamento de um ato praticado pelo poder público e, conseqüentemente, não estaria apto a avaliar com independência a validade de lei proclamada pelo Poder Legislativo.

De outra parte, o modelo de controle de constitucionalidade estadunidense somente teria boa aplicabilidade nos países de jurisdição única, como é o caso dos países pertencentes à família da common law, sendo possível o exercício do controle difuso pelo fato da suprema corte do país.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a Suprema Corte é uma e todos os processos em curso, independentemente da matéria de que tratam, após os recursos ordinários têm nela a sua última decisão.

Nos sistemas jurídicos europeus, os órgãos jurisdicionais são mais complexos, existindo diversas jurisdições específicas tais como os Tribunais Administrativos e os Tribunais de Contas que exercem parcela da jurisdição estatal ao lado dos Tribunais Judiciários.

Assim, se estes órgãos jurisdicionais julgarem matéria constitucional e o processo subir, por recurso, a cada um dos Tribunais Superiores, haveria uma difusão de matéria constitucional julgada, o que acarretaria em diversas decisões conflitantes, impossibilitando o devido conhecimento e controle de constitucionalidade das normas impugnadas.

Por fim, apresentou-se como obstáculo intransponível para a aplicação do controle de constitucionalidade estadunidense na Europa a falta de rigidez das Constituições européias na época. Na Europa, as leis votadas pela maioria poderiam facilmente derrubar as normas constitucionais previstas.

Sobre o assunto, faz-se mister transcrever o excelente exemplo de Louis Favoreu (2004, p. 22), observe:

Podemos constatar que na Alemanha de Weimar, as leis votadas pela maioria prevista no artigo 76 da Constituição permitiam “derrogar materialmente” o texto constitucional em detrimento da proteção dos direitos fundamentais.

Destarte, pelas razões retroapresentadas, não foi possível inserir na Europa o controle de constitucionalidade criado nos Estados Unidos da América.

Todavia, como conseqüência lógica de sua Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen inicia estudos para estabelecer uma forma de controle de constitucionalidade para os sistemas jurídicos da Europa Continental.

Assim surgem no continente os Tribunais Constitucionais, que são cortes situadas fora do aparato jurisdicional dos Estados e independentes de qualquer órgão do Poder Público. As cortes são criadas para conhecer especial e exclusivamente o contencioso constitucional.

Contudo, convém que sejam explicados os motivos para os países europeus terem deixado de utilizar o modelo de controle estadunidense por respeito ao legislador e à lei e, posteriormente, terem instituído um modelo de controle de constitucionalidade que afronta abertamente, e de maneira mais contundente, as normas criadas pelo Poder Legislativo.

Várias são as razões para fundamentar esta escolha, a priori podem ser citados os motivos acima declinados que impediram a adoção do sistema estadunidense de controle de constitucionalidade, e que forçaram os Estados europeus a optarem, por muito tempo, por não exercerem qualquer tipo de controle sobre suas leis.

Existem também razões históricas para o implante do controle de constitucionalidade abstrato na Europa, estas razões estão intrinsecamente ligadas

aos flagelos constatados na Segunda Guerra Mundial e que levaram milhões de judeus à morte nos campos de concentração, esta, inclusive, foi a razão imediata da criação de Tribunais Constitucionais na Alemanha e na Itália.

Posteriormente ao fim da Segunda Guerra Mundial, foi verificado que várias das afrontas aos direitos humanos, nela constatadas, foram realizadas com a legitimação de uma lei que, apesar de contrária às liberdades conquistadas à custa de muita luta, era legítima, tendo em vista o dogma levantado por Rousseau.

Destarte, cai por terra a idéia da infalibilidade do legislador, percebendo-se que esta figura, antes heróica, poderia falhar em sua função de instituir o Direito e, como consequência ainda mais grave desta falha, nota-se que o legislador poderia travestir-se, ao contrário de sua função precípua, num opressor que retira direitos dos cidadãos em favor da manutenção de um regime totalitário.

Sob o viés teórico, cumpre asseverar que a criação de uma Corte Constitucional com a finalidade de controlar a constitucionalidade das leis promulgadas pelo Poder Legislativo, inclusive com força para fazer desaparecer do ordenamento jurídico a norma julgada inconstitucional, pode parecer atentatória ao sistema de separação dos poderes do Estado.

Entretanto, isto não ocorre na realidade e verifica-se que a construção de Kelsen, apresentada no início do século, mostra-se ainda bastante atual, sendo perfeitamente adequada à separação dos poderes criada por Montesquieu.

A respeito, necessário se faz traçar as distinções entre o Legislador propriamente dito, e o Legislador Negativo, ou seja, o Tribunal Constitucional, que faz a norma promulgada pelo Poder Legislativo desaparecer do ordenamento jurídico.

O Legislador propriamente dito tem toda a independência para usar sua criatividade ao formular a lei, ficando adstrito tão somente à vontade geral do povo que o elegeu e às normas constitucionais. Respeitados estes limites, o Congresso pode criar as leis como bem entender e emendá-las quando necessário.

No entanto, quando o legislador, abusando de sua criatividade, contraria a vontade geral da nação consistente também no respeito às normas garantidoras de direitos dos cidadãos previstas na Constituição, entra em cena o

Tribunal Constitucional que, na pessoa do Legislador Negativo, tem a única função de anular a lei inconstitucional.

Note-se que o Tribunal Constitucional, como Legislador Negativo que é, não tem legitimidade para alterar a norma inconstitucional e “constitucionalizá-la”, deixando-a condizente como ordenamento constitucional vigente. Caso isto fosse possível, teríamos aí uma invasão do Tribunal Constitucional, num outro Poder do Estado.

Deve ser asseverado, entretanto, que o Tribunal Constitucional somente terá a competência para atuar como legislador negativo no sistema romano-germânico, quando o órgão for elevado, por norma constitucional, ao status de Poder do Estado. Apenas desta forma a separação de poderes será respeitada, posto que a função do “Poder Tribunal Constitucional”, será a guarda da Constituição, inexistindo, assim, qualquer invasão à esfera do Poder Legislativo.

De outra parte, ainda se levantando as razões teóricas para a instituição das Cortes Constitucionais na Europa, vale salientar que a Constituição não é mais tão somente o documento que institucionaliza o Estado e rege seu processo legislativo. A norma Constitucional, hodiernamente, é muito mais uma norma garantidora dos direitos humanos.

Com isso, percebe-se facilmente a assaz importância da presença de um instrumento apto a controlar a constitucionalidade das leis. Pode-se dizer até que o controle de constitucionalidade, neste viés é mais um instrumento ligado à defesa das liberdades individuais, razão pela qual, não se pode aceitar, na atualidade, um Estado Democrático de Direito sem instrumentos de controle da constitucionalidade das leis previstos em sua Constituição.

Por fim, tem-se, como última razão teórica para a instituição deste instrumento de defesa da norma constitucional, o fato do Poder Legislativo estar demasiadamente fortalecido, principalmente nos países com governo na forma parlamentarista ou semi-parlamentarista, nos quais o Poder Legislativo, além de formular as leis, governa a nação.

Neste diapasão, o controle de constitucionalidade abstrato, exercido por órgão distinto dos já estabelecidos, serve de contrapeso desta extrema força do

Poder Legislativo, limitando a atuação deste Poder aos preceitos emanados da Constituição.

Saliente-se que o Poder Legislativo, não obstante sua função precípua de fazer leis que representem a vontade geral da população contra os abusos que o Estado pode cometer, é um órgão composto por homens e como tais, passíveis de tombar frente às paixões particulares ou mesmo ficarem tentados pela venalidade de sistemas corruptos.

Como conseqüência deste perigo real, mister se faz a presença de um controle externo e distinto do órgão legislativo, porquanto o controlado desta vez, paradoxalmente ao que fora constatado ao longo da história, é o próprio Poder Legislativo.

Traçadas as razões de instituição do Tribunal Constitucional na Europa, necessita-se, para melhor compreensão do instituto, que sejam traçadas as principais características deste sistema.

De início, pode ser indicada a necessária presença de um ordenamento constitucional rígido que indique a existência da corte, que deve estar protegida pelas normas superiores, visto que somente assim se terá liberdade para julgar o contencioso constitucional. Caso não exista indicação constitucional da existência da corte os controlados poderão, por intermédio de lei, retirar suas atribuições ou impossibilitar seu funcionamento.

O Tribunal Constitucional tem o monopólio do contencioso constitucional, assim, somente a jurisdição constitucional poderá conhecer desta questão. Destarte, não é lícito, após a implantação de um Tribunal Constitucional, que o juiz singular conheça das matérias relativas às normas fundamentais elencadas na Constituição. Neste sentido, a rigor, todo o processo que levante questão de constitucionalidade de lei, deve ser remetido ao Tribunal Constitucional.

Por outro lado, os cargos do Tribunal Constitucional não devem ser ocupados por juízes de carreira. Isto porque a Corte Constitucional é uma jurisdição fora do aparato jurisdicional do Estado, seus membros devem apenas ter um vasto conhecimento constitucional, mas não deve haver a necessidade de que tenham sido juízes de carreira, o que levaria o Tribunal a ocupar lugar no Poder Judiciário, tornando-o inadequado frente à teoria da separação dos poderes.

Por fim, tem-se que a forma parlamentarista não é unicamente uma razão teórica para a instituição do Controle de Constitucionalidade Europeu, é também pressuposto de existência do controle abstrato.

Ao separar o Governo do Estado, são abstraídas as motivações político-partidárias das decisões relativas às bases axiológicas da entidade estatal. Estas Bases estão umbilicalmente ligadas ao bem estar social bem como a todas as garantias individuais firmadas na Constituição.

Tal fato faz aparecer o consenso democrático relativo às finalidades do Estado. Somente pode-se aferir esta conotação consensual às bases firmadas se não houver motivação político-partidária nas escolhas do Estado.

Assim, deixa-se o Governo nas mãos de um órgão motivado por partidos políticos, entretanto, o Estado retira-se deste plano partidário, possibilitando-se assim que sejam delineadas às reais necessidades da população, que serão também resguardadas pela Constituição.

Este plano, no qual inexistem aspirações partidárias, é onde o Tribunal Constitucional agirá. Portanto, num país onde Governo e Estado se confundem e as bases axiológicas são firmadas por órgão munido destas motivações político-partidárias, é impossível que o controle seja exercido e, ainda que o seja, não terá condições de real defesa do povo, pois enfrentará questões que não estão ligadas à finalidade da instituição estatal, mas apenas a valores delineados pelos partidos políticos.

Sobre o assunto, insta transcrever a precisa conclusão de Cezar Saldanha Souza Júnior (2002, p. 127), observe:

Primeiramente, a continuidade da cumulação de Estado, Governo e Administração no mesmo órgão – funcional nas primeiras décadas do século XVIII – decretou, no ambiente conflituoso do século XX, a impossibilidade de uma área político partidária neutra, acima do nível governamental ideológico, onde se pudesse construir um consenso em torno dos valores fundamentais do regime democrático, mormente nos países em que inexistem, naturalmente ao nível fático da sociedade, um consenso social pela ordem econômica de mercado. Essa área neutra precisa existir antes da fundação do Tribunal Constitucional ou ser aberta, pelo menos, concomitantemente à sua formação. O papel mais importante do Tribunal é, justamente, o de defender e renovar essa área do consenso. Ora, a abertura dessa área neutra depende necessariamente, pelo menos, da separação entre Estado e Governo, vale dizer, da destinação entre os fins últimos mais genéricos do Estado e os fins intermédios partidários e

ideológicos de governo. Sem isso não haverá espaço, nem função, para um verdadeiro Tribunal Constitucional.

Finaliza-se este tópico dizendo que estas são as diretrizes inerentes aos Tribunais Constitucionais espalhados pela Europa, aduzindo-se, outrossim, que o Tribunal Constitucional é o modelo de controle de constitucionalidade adequado ao sistema romano-germânico e, conseqüentemente, é o sistema a ser devidamente adotado pelo Brasil.

#### **5.4 O Controle de Constitucionalidade Brasileiro**

Após as digressões sobre os sistemas jurídicos existentes ao redor do mundo e sobre o entroncamento do Brasil no sistema romano-germânico, faz-se mister delinear as peculiaridades do controle de constitucionalidade brasileiro.

Resgatando a história das Constituições brasileiras, verifica-se que o primeiro mecanismo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil foi o sistema difuso por meio de exceção, cuja inspiração veio dos Estados Unidos, dos quais também se copiou a república e a forma federativa, muito embora o Brasil tenha sido um Estado-Unitário durante o Império.

O modelo difuso de constitucionalidade está impregnado no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1891, entretanto, nunca foi, nem nunca será adequado para dirimir o contencioso constitucional brasileiro.

Após a criação do Tribunal Constitucional por Hans Kelsen, a Constituição de 1946 implementou no Brasil uma modalidade de controle genérico de constitucionalidade, era a ação direta de constitucionalidade, todavia, não se conseguiu equiparar o controle brasileiro ao modelo instituído na Europa, devido à ausência de uma corte exclusiva encarregada da função de guarda da Constituição.

Em verdade, o Brasil nunca tencionou abandonar o modelo difuso de constitucionalidade e, quando resolve aplicar o sistema concentrado e abstrato de controle, inventa uma miscelânea jurídica.

Buscando ampliar e tornar efetivo o controle, mistura no mesmo sistema o controle de constitucionalidade difuso ao lado de um controle abstrato e genérico feito pelo STF que, todavia, em nada se assemelha ao controle europeu de constitucionalidade.

Destarte, observa-se hodiernamente no Brasil um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, com previsão para um mecanismo difuso e concreto ao lado de um mecanismo genérico e abstrato de constitucionalidade. Com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental surge, ademais, a possibilidade de transposição de um controle para outro, por meio do chamado controle incidental.

Irrracionalmente, os dois controles, um por meio de recursos e o outro por se tratar de sua instância originária, são julgados pelo Supremo Tribunal Federal, que aplica as duas formas de controle com uma única distinção: ao julgamento dos recursos é conferido o efeito restrito às partes da demanda; e às ações abstratas e genéricas confere-se o efeito erga omnes.

A Constituição de 1988 poderia, após o quadro caótico vivido pelo Brasil desde 1964, instituir o controle de constitucionalidade europeu no país, mas não o fez, perdendo uma oportunidade ímpar de corrigir as incongruências existentes no Brasil no tocante aos seus mecanismos de controle de constitucionalidade.

Infelizmente o problema não será facilmente resolvido, já que o Brasil, por plebiscito, negou-se a implantar o parlamentarismo no país. Tal forma de governo é um passo imprescindível para a adoção do sistema de constitucionalidade europeu no Brasil.

Conforme já demonstrado, a separação entre Estado e Governo é imprescindível para a criação do Tribunal Constitucional, isto porque esta dissociação redundará num plano alheio às discussões político-partidárias, em tal plano poderão ser construídas as bases consensuais em torno dos valores primordiais do Estado Democrático de Direito.

Mas parece que a instituição do controle europeu no Brasil e o abandono do sistema difuso ainda são possíveis. Algumas emendas constitucionais seriam aptas a mudar este equivocado quadro institucional do país. Instituído um

sistema parlamentarista e tirando o governo das mãos de um só homem, será o primeiro passo para a adequação do quadro de controle de constitucionalidade no país.

Destarte, denota-se a total confusão do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro. Tal instituto não terá sua efetiva utilidade ao cenário constitucional do Brasil enquanto não se adequar ao sistema jurídico nele vigente, é o que se demonstrará na conclusão que segue, no qual, outrossim, tentar-se-á traçar as soluções para o problema apresentado.

## 6 CONCLUSÕES

### 6.1 A Desarmonia Entre os Sistemas Jurídicos Apresentados

Conforme fora demonstrado em capítulo próprio, as famílias de direito romanístico e common law são absolutamente inconciliáveis, não sendo possível a implantação de qualquer instituto de um sistema jurídico em outro.

A principal diferença entre os dois sistemas apresentados neste trabalho é a maneira como as normas de condutas são criadas. No sistema romano-germânico, o direito é criado pela lei; já na common law, o direito é fruto das decisões judiciais prolatadas em casos concretos e que formam a jurisprudência no país.

Outrossim, a lei no sistema romano-germânico é geral e abstrata, tentando abarcar o maior número de situações possíveis, ao passo que na common law, o direito é estabelecido por casos concretos, e a sua aplicação dar-se-á nos casos idênticos.

O direito na common law é criado e extinto por meio de decisões judiciais, assim, uma relação jurídica pode surgir ou desaparecer mediante um processo judicial, tal fato legitima a declaração de inconstitucionalidade das normas mediante sentença, tal qual ocorre no sistema.

Por outro lado, a diferença entre as duas famílias de direito estudadas vai além desta distinta forma de se criar ou extinguir os direitos. Os sistemas jurídicos estudados apresentam diferenças estruturais inconciliáveis, conforme demonstrado ao se conceituar o instituto da common law denominado *trust*.

Conclui-se, portanto, os institutos criados nos sistemas romano-germânico e common law não são conciliáveis, de modo que não existe possibilidade de se implantar em um país da família romano-germânica, qualquer instituto criado em país da common law.

## 6.2 Os Problemas do Controle Criado no Brasil

Conforme fora demonstrado com a análise das Constituições brasileiras, denota-se que o controle de constitucionalidade aplicado hodiernamente no país é único, não se familiarizando com quaisquer dos mecanismos criados ao redor do mundo para este mesmo fim.

Desde a Constituição de 1891, o Brasil adota em seu ordenamento jurídico, o controle difuso criado nos Estados Unidos. Com o tempo, logrando a evolução de seus institutos de defesa da Constituição, cria formas de controle abstrato da constitucionalidade da lei.

Entretanto, estas formas de controle abstrato em nada se assemelham ao controle europeu arquitetado por Hans Kelsen no início do século XX, posto que o julgamento das normas tidas por inconstitucionais continuou sendo realizado por órgão do Poder Judiciário.

Destarte, não existe qualquer inovação nos mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade existentes no Brasil, mas sim, uma confusão ainda maior no quadro instituído pela Constituição de 1891, porquanto, após as modificações realizadas nas constituições posteriores, o órgão que já se mostrava inapto a realizar o devido controle, julgará a lei inconstitucional dando à decisão o efeito *erga omnes*.

Como já dito, o Brasil criou duas formas de controle de constitucionalidades que são julgadas pelo mesmo órgão, com uma única diferença: ao controle difuso, dá-se a decisão o efeito é restrito às partes, e ao controle concentrado, o efeito é contra todos.

Em verdade, não seria equivoco nenhum afirmar que o Brasil não faz uso de nenhum dos sistemas estudados neste trabalho. Quanto ao sistema europeu, a constatação é fácil, não existe no país um Tribunal Constitucional alocado fora de seu Poder judiciário e dotado de competência exclusiva para a guarda da Constituição. No tocante ao controle estadunidense, verifica-se a ofensa à

separação dos poderes quando é conferida ao Poder Judiciário a competência para extinguir Direito perfeitamente criado pelo Poder Legislativo.

### **6.3 A inaplicabilidade do Controle Difuso no Brasil**

Importante conclusão alcançada com o presente trabalho é a de que o sistema de controle de constitucionalidade difuso não é apto a dirimir o contencioso constitucional num país pertencente ao sistema romano-germânico como é o caso do Brasil.

O mecanismo, como já visto, é perfeitamente útil para a resolução de querelas constitucionais nos países pertencentes à common law, porquanto a lei é banida do ordenamento jurídico pela decisão judicial que cria um precedente, cuja obediência provém dos princípios básicos do sistema.

Tal mecanismo de controle de constitucionalidade jamais teria a perfeita aplicabilidade no ordenamento jurídico de um país entroncado no sistema romano-germânico, no qual o direito surge e se extingue pela lei.

A existência de um instituto que dê legitimidade para um membro do Poder Judiciário adentrar na esfera do Poder Legislativo seria uma afronta à separação de poderes respeitada no sistema.

De outra parte, tal afronta não é constatada na common law, sistema no qual o próprio juiz, munido de investidura democrática, é o legitimado para proceder a criação e revogação do direito. Neste caso o poder Judiciário tão somente cumpre sua função.

A utilização de um mecanismo de controle de constitucionalidade no qual a lei é banida do ordenamento jurídico por uma decisão judicial, não deve ser aplicada no Brasil por ser assaz ignominiosa aos princípios do sistema romano-germânico adotado pelo país.

O juiz brasileiro de qualquer grau de hierarquia, não pode adentrar na esfera de função do Poder Legislativo e extinguir direito perfeitamente criado pelo legislador.

A despeito, cumpre transcrever os ensinamentos de Cezar Saldanha Souza Júnior (2002, p. 125) sobre a incongruência da utilização do controle difuso num país entroncado no sistema romano-germânico, justamente por afrontar os princípios do Estado Democrático de Direito, observe:

Quanto à atribuição da função de Tribunal Constitucional ao Poder Judicial, Kelsen e Schmitt aqui concordavam: implicaria uma *politização* ruínosa ao Estado de Direito e ao poder judiciário. Este estaria assumindo uma função de natureza formalmente legislativa, concorrendo e conflitando com o Parlamento e o Governo. Conforme nossa tese, importaria em quebrar o sentido limitativo, essencial ao Estado de Direito, da estruturação da organização política em níveis. Um poder, o judicial, participaria, ao mesmo tempo, do domínio fundamental (nível constitucional) e do domínio concreto (nível infraconstitucional).

Como visto no tópico anterior, o controle de constitucionalidade criado nos Estados Unidos da América é instituto idealizado para a common law, posto que o Poder Judiciário, com a função de criador do Direito que tem neste sistema, é o órgão competente para extinguir as normas inconstitucionais do ordenamento jurídico do país.

A despeito do tema, não é correto asseverar que o cabimento do controle de constitucionalidade difuso no Brasil está ligado à diferença conceitual estabelecida ao se explicar a tese kelseniana do Legislador Negativo frente ao Legislador propriamente dito.

Ressalte-se que o Legislador Negativo somente tem espaço para atuar no controle do sistema romano-germânico. Neste sistema o Legislador Negativo faz parte de um outro Poder, o Tribunal Constitucional, cuja função, dentro da teoria da separação dos poderes, é justamente a de defender os fins últimos do Estado, fazendo desaparecer do ordenamento jurídico as normas inconstitucionais.

Não se logrará êxito ao tentar adequar esta tese ao controle de constitucionalidade difuso quando aplicado num país do sistema romano-germânico. Isto porque neste tipo de controle, o julgamento da norma inconstitucional é

realizado pelo Poder Judiciário, e não por um Poder autônomo com competência exclusiva de guarda da constituição. Desta forma, a separação dos poderes fica maculada e o controle é imperfeito.

Portanto, conclui-se que os mecanismos de controle de constitucionalidade adotados no Brasil não são congruentes com a realidade jurídica do país. Destarte, enquanto referido controle for realizado desta forma, não será apto a salvaguardar a Constituição, uma vez que contraria os próprios princípios do Estado Democrático de Direito, dentre eles a separação dos poderes.

Destarte, verifica-se que a aplicação de um sistema de controle de constitucionalidade criado para vigorar num país pertencente à common law não pode ter aplicabilidade num país da família romano-germânica. Conclui-se, desta forma, que o controle de constitucionalidade estadunidense não é apto a solucionar as questões envolvendo a constitucionalidade das leis no Brasil.

#### **6.4 O Mecanismo de Controle Adequado Para o Brasil**

Notório, portanto, é o fato do controle de constitucionalidade criado nos Estados Unidos da América não ser um instituto coerente com as premissas adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, um Estado Democrático de Direito somente poderá assim ser chamado se for dotado de mecanismos hábeis à defesa de sua Constituição, por ser nesta norma que se apresentam os fins últimos do Estado e conseqüentemente os direitos e as garantias fundamentais dos cidadãos.

Denota-se, portanto, que não basta ao Brasil excluir o sistema de controle de constitucionalidade estadunidense do seu ordenamento. O país tem que adotar um meio legítimo para controlar a constitucionalidade de suas normas.

Pelo trabalho apresentado, denota-se que este mecanismo legítimo e concatenado com as necessidades que o sistema jurídico adotado pelo Brasil impõe é o controle de constitucionalidade europeu.

O Controle legitima a extinção da norma inconstitucional do ordenamento ao criar um Tribunal Constitucional, alocado fora de qualquer outro Poder do Estado, cuja única função é o controle de constitucionalidade das normas.

Tal Tribunal, por tratar-se de órgão político e dotado de investidura democrática, e por estar fora da esfera do Poder Judiciário, é perfeitamente hábil a promover a guarda da Constituição de um modo adequado ao sistema jurídico romano-germânico.

Entretanto, como já fora visto, não basta a pura e simples criação do Tribunal Constitucional. Este órgão carece da preexistência de um sistema parlamentarista para sua perfeita atuação. Repita-se que se as aspirações político-partidárias devem ser retiradas do plano estatal e dirigidas unicamente por um plano governamental.

A criação de um Tribunal Constitucional sem a efetiva separação das funções de chefia de Estado e de Governo implicaria na aplicação de um controle de constitucionalidade viciado por pretensões político-partidárias, que obstarão a real defesa dos fins últimos do Estado.

Assim, denota-se que o Brasil necessita de uma emenda em sua Constituição na qual se adote o Parlamentarismo como forma de governo e institua o Tribunal Constitucional como órgão legítimo e exclusivo para dirimir o contencioso constitucional.

Portanto, conclui-se com esta obra que o controle de constitucionalidade difuso não é um instituto coerente com as diretrizes do sistema jurídico adotado pelo Brasil, razão pela qual deve ser banido do ordenamento jurídico do país.

Conclui-se, outrossim, que o Tribunal Constitucional, órgão político dotado de investidura democrática competente para julgar exclusivamente o contencioso constitucional do Estado, teorizado por Hans Kelsen no início do século XX, é o mecanismo que deve ser adotado pelo Brasil para a perfeita defesa de sua Constituição.

## BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES, **A política**. 7 ed. São Paulo: Atena, 1963.

\_\_\_\_\_, **Ética a Nicômacos**. tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. 2. ed. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: UNB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 19--.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. ed.; Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional e instituições políticas**. Bauru: Jalovi, 1986.

DAVID, René. **O direito inglês**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. 3. ed. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Do processo legislativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Poder constituinte**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de Machado J. Batista. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LINARES QUINTANA, Segundo V. **Tratado de la ciencia del derecho constitucional**. 2 ed. Buenos Aires: Plus Ultra, 1977.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. 8. ed. Tradução de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 2002.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2001.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ROUSSEAU, J.J. **Do contrato social**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2002.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado**. 5. ed. Tradução de Véra Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA SOARES, Guido Fernando. **Common law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: RT, 1999.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e democracia constitucional**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

\_\_\_\_\_. **O tribunal constitucional como poder:** uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

WOODWARD, E. L. **Uma história da Inglaterra.** Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.